

Anskaffelsesprosessen i offentlig sektor

Nærmere om etterprøvbarhet



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 699
26.april.2010

Til sammen 16.842 ord

25.04.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Om offentlige anskaffelser	1
1.1.1	Rettslig plassering	1
1.1.2	Oppgavens tema	2
1.1.3	Rettskildesituasjonen	3
<u>2</u>	<u>GRUNNLEGGENDE KRAV TIL OFFENTLIGE ANSKAFFELSER</u>	<u>5</u>
2.1	Anskaffelsesregelverkets grunnleggende krav	5
2.1.1	Konkurranse	7
2.1.2	Likebehandling av leverandørene	8
2.1.3	Forutberegnelighet	8
2.1.4	Gjennomsiktighet	9
2.1.5	God forretnings- og anbudsskikk	9
<u>3</u>	<u>BETYDNING AV KRAVET TIL ETTERPRØVBARHET</u>	<u>11</u>
3.1	Nærmere om gjennomsiktighet og etterprøvbarhet	11
3.1.1	Betydningen av kravet til en åpen og gjennomsiktig prosess	11
3.1.2	Betydning av kravet til etterprøvbarhet	12
3.2	Bevissituasjonen	15
3.2.1	Beviskrav	15
3.2.2	Bevisføringsplikt	17
3.3	Rett til innsyn	18
3.3.1	Hvilke aktører har behov for rett til innsyn?	18
3.3.2	Innsyn etter forvaltningsloven	20
3.3.3	Innsyn etter offentleglova	21

3.4	Rettsvirkninger ved brudd på etterprøvbarhet	25
3.4.1	Tilsidesetting av kontrakt	27
3.4.2	Erstatning	28

4 UTSLAG AV KRAVET TIL ETTERPRØVBARHET **35**

4.1	Protokollplikt	35
4.1.1	Ønsket ytelse og ytelsens antatte verdi	36
4.1.2	Prosedyrer som krever særskilt begrunnelse	36
4.1.3	Kvalifikasjonsfasen	39
4.1.4	Skatte – og avgiftsrestanser	40
4.1.5	Avvisning av leverandører	41
4.1.6	Unormalt lave tilbud	44
4.1.7	Avlysning av konkurransen	45
4.1.8	Uoppfordret begrunnelsesplikt	47
4.2	Andre forhold som bør protokollføres?	49
4.2.1	Generelt	49
4.2.2	Vurdering av habilitet	51
4.2.3	Endringer i konkurransegrunnlag	53
4.2.4	Tilbudsåpning	54
4.3	Oppdragsgivers nærmere begrunnelsesplikt	54
4.3.1	Begrunnelsespliktens innhold	55
4.3.2	Begrunnelsespliktens betydning for krav om erstatning	57
4.4	Andre utslag av grunnprinsippet om etterprøvbarhet	58
4.4.1	Vektlegging av oppdragsgivers egne erfaringer ved kvalifisering til og tildeling av kontrakt	58
4.4.2	Leverandørenes dokumenter må kunne etterprøves av oppdragsgiver	59
4.5	Avslutning og veien videre	59

5 LITTERATUR **62**

5.1.1	Lovhenvisninger	62
5.1.2	Rettspraksis	62

5.1.3	Klagenemndspraxis	63
5.1.4	Forarbeider	64
5.1.5	Offentlige dokumenter	65
5.1.6	Litteratur	65

1 Innledning

1.1 Om offentlige anskaffelser

Årlig kjøper det offentlige i Norge ytelser og tjenester av det private næringsliv for enorme summer; det ble utbetalt nærmere 380 milliarder i 2008.¹ Ved disse offentlige anskaffelsene forvalter offentligrettslige organer fellesskapets midler. Gjennom anskaffelsesloven, lov av 19. mai 2006 nr. 16 er det offentlige pålagt å sette oppdrag over en viss størrelse ut på anbud. Private bedrifter og virksomheter er ikke underlagt dette anskaffelsesregelverket, men må forholde seg til det når de konkurrerer om kontrakter med det offentlige.

1.1.1 Rettslig plassering

Det offentligrettslige organet skal forholde seg til regelverket for offentlige anskaffelser. Anskaffelsesprosessen er forholdsvis inngående regulert gjennom detaljerte saksbehandlingsregler i regelverket. I tillegg til reglene i anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften er det samme sted også fastslått visse grunnkrav. Grunnkravene som er nedfelt i anskaffelsesloven § 5 og anskaffelsesforskriften § 3-1, ligger bakom regelverket, og de skal bidra til å sikre at oppdragsgiver overholder regler og normer ved anskaffelse av varer, tjenester og ytelser.

Regelverkets intensjon er å sikre effektiv ressursutnyttelse av verdiene og skal gjennomføres på en for allmennheten tillitsvekkende måte. Bare i løpet av de siste par årene har vi sett store offentlige virksomheter begå grove brudd på denne tilliten. Både Riksrevisjonen, kommunerevisjonen i forskjellige kommuner og media har avdekket

¹ www.ssb.no/enmer/12/01/offinnkj/. Iberegnet oljesektoren, uten heleide statlige og kommunale selskaper.

forhold som har tydet på korrupsjon og overskridelser, brudd på regelverk og andre misligheter i offentlig virksomhet, og mange av sakene er etterhvert oversendt Økokrim for granskning. Både vannverkssaken på Romerike, Undervisningsbyggsaken i Oslo og Ullevål sykehussaken handlet alle om grove kriminelle forhold som gjaldt mye mer enn brudd på regelverket for offentlige anskaffelser. Sakene har til felles en manglende løpende intern kontroll og manglende ytre kontroll med offentlige anliggender. Det er også mange tilfeller der innkjøpsansvarlig hos det offentligrettslige organet og leverandører samarbeider om omgåelse av regelverket. Både for egen personlig vinning, men kanskje mest fordi de kjenner hverandre etter tidligere oppdrag og ønsker å fortsette samarbeidet.

1.1.2 Oppgavens tema

Avdekking av saker der manglende intern og ekstern kontroll har fått alvorlige følger, har vært med på å skjerpe den offentlige oppmerksomheten på hvilke beslutningsprosesser som foregår i kommunale og statlig virksomhet. Søkelyset blir da naturlig rettet mot det offentligrettslige organet som må fremlegge dokumentasjon av hvordan og hvorfor en avgjørelse blir fattet. Et av grunnkravene ved offentlig anskaffelser gjelder selve *dokumentasjonen* av hvordan anskaffelsen har forgått. Kravet heter: etterprøvbarehet og gjelder under og etter anskaffelsesprosessen. Kravet gjør det mulig å gå anskaffelser nærmere etter i sømmene. Det er skrevet lite om dette kravet tidligere, og etterprøvbarehetskravet er derfor valgt ut som emne i denne oppgaven.

Etterprøvbarehet innebærer at oppdragsgiveren skal kunne redegjøre for hvilke beslutninger og valg som er foretatt, og på bakgrunn av hvilke vurderinger. Denne redegjørelsen skal foreligge dokumentert, og dokumentasjonen skal kunne fremvises og kontrolleres i ettertid. Det betyr som regel at dokumentasjonen må være skriftlig. Aktører i prosessen samt tredjepersoner må ha muligheter til å kontrollere at det offentligrettslige organet (heretter omtalt som oppdragsgiver) har fattet beslutninger basert på forsvarlig saksbehandling og uten å ta utenforliggende hensyn.

I denne oppgaven vil det først bli redegjort for de grunnleggende kravene som ligger bak regelverket. Dernest vil betydning og konsekvensene av kravet til etterprøvbarhet bli behandlet mer inngående.

1.1.3 Rettskildesituasjonen

Regelverket for offentlige anskaffelser skal gjennomføre Norges forpliktelser til EUs direktiver om offentlige anskaffelser gjennom EØS-avtalen (art 65), samt WTOs avtale om offentlige anskaffelser gjennom GPA avtalen (Government Procurement Agreement) fra 15.april 1994.² Grunnkravene i anskaffelsesloven § 5 er tatt inn i lovverket etter prinsipper innen de fire friheter i EF-retten, i tillegg til alminnelig anbudsrrett.³ Når norske lovbestemmelser bygger på forpliktelser fra EF-retten, skal bestemmelsene tolkes i samsvar med praksis fra EF-domstolen.⁴ Utvikling i EF-domstolens praksis får derfor betydning for forståelsen av de norske grunnprinsippene.⁵

Ved anvendelse av regelverket for offentlige anskaffelser skal alminnelig juridisk metode legges til grunn. Det betyr at lovverk og rettspraksis både fra Norge og EF er relevante rettskilder for forståelsen av reglene. Likeledes er praksis fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser, (heretter omtalt som KOFA eller klagenemnda) av betydning for å fastlegge grunnkravene og regelverkets innhold. Rettsområdet har vært, og er mye diskutert på Stortinget. Det foreligger således også en rikholdig mengde forarbeider. Ved alle rettskildene er utgangspunktet den naturlige språklige forståelsen av ordlyden eller uttalelsen. Videre skal uttalelsene tolkes ut i fra formålet med den enkelte bestemmelsen, eller formålet med regelverket.⁶

² Jfr bl.a. NOU 1997:21 s 9

³ Se bl.a. NOU 1997:21 s. 115

⁴ Jfr. EØS-avtalen art 6. Gjelder direkte bestemmelser vedtatt før undertegningen av EØS-avtalen, men rettspraksis viser at også avgjørelser fra EF-domstolen etter 1994 tillegges vekt. Se bl.a. Rt 1997 s. 1954 Løten kommune.

⁵ Se bl.a. NOU 1997:21 s. 115

⁶ Jfr bl.a. KOFA 2008/214 i premiss 57

Når et offentligrettslig organ treffer enkeltvedtak eller utferdiger en forskrift, er de underlagt forvaltningslovens skriftlige saksbehandlingsregler og ulovfestede prinsipper om god forretningsskikk og forsvarlig saksbehandling. Ved anvendelse av regelverket for offentlige anskaffelser omfattes ikke det offentligrettslige organet - som i slike tilfeller er oppdragsgiver - av forvaltningslovens saksbehandlingsregler ved enkeltvedtak. Det er fordi anbudskonkurransene er et utslag av organets forretningsmyndighet og ikke dets myndighetsutøvelse.⁷ Men regelverket har paralleller til alminnelig forvaltningsrett. Ulovfestede krav til god forvaltningsskikk og forsvarlig saksbehandling vil være både relevant og retningsgivende ved all utøvelse av forvaltningsmyndighet. Forvaltningsloven, tjenestemannsloven, offentleglova og regelverket for offentlige anskaffelser har alle regler for å sikre at det offentlige opptrer på en saklig, forsvarlig og rettferdig måte.⁸ De ulovfestede kravene innen alminnelig forvaltningsrett vil derfor trekkes inn som supplement der det synes naturlig.

⁷ Se for øvrig punkt 3.4

⁸ NOU 1997: 21 s. 31

2 GRUNNLEGGENDE KRAV TIL OFFENTLIGE ANSKAFFELSER

2.1 Anskaffelsesregelverkets grunnleggende krav

Det overordnede formålet med anskaffelsesregelverket er å tilstrebe økt verdiskapning i samfunnet, jfr. formålsbestemmelsen i anskaffelsesloven § 1. Regelverket skal også sikre at verdiene ivaretas ved gode innkjøp og bidra til å utvikle næringslivet ytterligere. Målet er nedfelt i flere grunnkrav som i en viss grad er overlappende og sammen skal bidra til å sikre at kravene nedfelt i anskaffelsesloven § 1 fremmes og overholdes. Disse grunnleggende kravene er krav til konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, gjennomsiktighet, etterprøvbarehet og god forretningskikk. De er beskrevet i anskaffelsesloven § 5 og anskaffelsesforskriften § 3-1.

Kravene har i det vesentlig to hovedfunksjoner.⁹ Den første er å gi føringer for hvordan en anskaffelse skal gjennomføres. Det har gitt seg utslag i konkrete saksbehandlingsregler som skal følges ved en anskaffelse. I tilfeller hvor saksbehandlingsreglene ikke eksplisitt regulerer det aktuelle forholdet, vil grunnkravene gi grunnlag for selvstendige rettigheter og plikter som er gjenstand for rettslige prosesser for både leverandørene og oppdragsgiver.¹⁰ Den andre hovedfunksjonen av grunnkravene er at de skal være veiledende ved tolkning av anskaffelsesreglene. Ved tvil om en handling er i samsvar med regelverket - eller man står overfor et tilfelle hvor løsningen er tvilsom - bør rettsanvenderen velge det tolkningsresultat som er i overensstemmelse med de grunnleggende kravene.¹¹ De grunnleggende kravene gjelder på alle stadier i anskaffelsesprosessen, uavhengig av terskelverdi, konkurranseform og ytelsens verdi.¹²

⁹ FAD Veileder (2006) s. 57.

¹⁰ Se bl.a. KOFA 2003/59

¹¹ FAD Veileder (2006) s. 57

¹² De grunnleggende kravene er lovfestet i forskriftens generelle del.

Etter anskaffelsesforskriften § 3-1 7.ledd skal oppdragsgiver sikre at anskaffelsesprosessen er etterprøvbar. Oppdragsgiver skal med sine vurderinger og dokumentasjon av betydning for konkurransen, gi leverandørene, tredjepersoner og klageorganer sikkerhet for at konkurransen er gjennomført i tråd med regelverket. Grunnkravet om etterprøvbarhet innebærer altså et dokumentasjonskrav for oppdragsgiver. Dokumentasjonen må være skriftlig, klar og utfyllende nok til at andre kan få en forståelse av hva oppdragsgiver har gjort og tenkt.¹³

Kravet til dokumentasjon gjelder gjennom hele anbudskonkurransen. Har oppdragsgiver unnlatt å dokumentere hvordan anskaffelsen er skjedd, vil det være et selvstendig brudd på kravet, uavhengig av om oppdragsgiver faktisk har foretatt en isolert sett forsvarlig anskaffelse. Etterprøvbarhet har også betydning som bakgrunn for konkrete saksbehandlingsregler. Det er tilfeller hvor oppdragsgiveren ikke har ført anskaffelsesprotokoll, unnlatt å gi leverandørene begrunnelse der de har hatt krav på det, eller generelt unnlatt å dokumentere trinnene i anbudskonkurransen.

Den tredje funksjonen av kravet om etterprøvbarhet er at den har betydning som dokumentasjon for at andre regler innen regelverket ikke er brutt. Det gjelder eksempelvis der en leverandør hevder at det foreligger brudd på andre saksbehandlingsregler, og oppdragsgiveren ikke kan fremvise god nok dokumentasjon på at handlingene var forsvarlige. I slike tilfeller kan oppdragsgiveren rent faktisk ha opptrådt rimelig og forsvarlig, men uten å kunne fremlegge dokumentasjon som viser dette, er han/hun dårlig stilt.

Før jeg går nærmere inn på betydningen av grunnkravet om etterprøvbare anskaffelsesprosedyrer kan det være hensiktsmessig å presentere innholdet i de øvrige grunnkrav:

¹³ FAD Veileder (2006) s 63

2.1.1 Konkurransen

For å oppnå det overordnede målet med anskaffelsesregelverket – å tilstrebe økt verdiskapning - er reell konkurranse mellom potensielle leverandører ansett som en grunnleggende forutsetning. Den er nedfelt i tillegg til formålsbestemmelsen i anskaffelsesloven og angitt som et grunnleggende krav i § 5 og anskaffelsesforskriften § 3-1. Oppdragsgiver skal som den klare hovedregel basere innkjøpene på konkurranse, og velge den leverandøren som samlet sett kan levere den beste ytelsen.

For det første mener man at konkurranse mellom leverandørene skal sikre at oppdragsgiveren får best mulig ytelse til best mulig pris. Samfunnet anser det som grunnleggende viktig å sikre at det offentlige ikke gjør ulønnsomme investeringer eller innkjøp, men forvalter fellesskapets verdier på en best mulig måte.

Konkurranse er for det andre ansett for å være et nyttig redskap for leverandørenes forbedringspotensial. Konkurranse skal bidra til at leverandører presser hverandre når det gjelder produktutvikling og effektivitet. Leverandører som ikke når opp i konkurransen kan se hvilke tiltak som kreves for potensielt å nå opp i konkurransen en annen gang. Man tenker at det utvikler et konkurransedyktig næringsliv og derved et styrket eksportmarked.¹⁴

Konkurranse er også et egnet middel for å hindre misligheter og regelbrudd. Samtlige konkurransedeltakere får underveis sett og vurdert om reglene som skal følges, blir fulgt. De har forutsetninger for å vite hvorvidt oppdragsgiver har stilt relevante kriterier og handlet lovlig. Men forutsetningen er at det faktisk har foreligget konkurranse om kontrakten. Dersom oppdragsgiver ikke utlyser konkurranse, vil ikke andre leverandører kunne følge med. De behøver da ikke være klar over at en kontrakt er tildelt.

¹⁴ NOU 1997: 21 s. 21

2.1.2 Likebehandling av leverandørene

Likebehandling er et annet av de grunnleggende kravene innen alminnelig forvaltningsrett og anskaffelsesrett.¹⁵ Leverandørene skal likebehandles på alle stadier i anbudsprosessen jfr anskaffelsesloven § 1 og § 5 og anskaffelsesforskriften § 3-1. Kravet innebærer at oppdragsgiveren skal sørge for at leverandørene behandles på lik måte; gis lik informasjon samtidig og gis mulighet til å forholde seg til samme regler i konkurransen. Leverandørene må få like premisser, regler eller informasjon.¹⁶ For at kravet til likebehandling skal være effektivt slik at leverandørene blir likebehandlet, må oppdragsgivers handlinger eller unnlater av handlinger ikke innebære faktisk forskjellsbehandling.¹⁷ Det innebærer at like tilfeller må behandles likt og ulike tilfeller behandles ulikt. Det medfører at dersom to leverandører har ulike utgangspunkt, eksempelvis i forhold til sammenligning av pris i tilbudene, må oppdragsgiver foreta seg noe slik at tilbudene blir sammenlignbare. Ellers blir leverandørene formelt behandlet likt, men faktisk behandlet ulikt.¹⁸ Kravet til likebehandling er en forutsetning for reell konkurranse. Dersom oppdragsgiver utarbeider spesifikasjoner som kun én foretrukket leverandør tilfredsstiller, foreligger det hverken likebehandling eller reell konkurranse mellom leverandørene.

Begge disse kravene – konkurranse og likebehandling – er ment å sikre at oppdragsgivere forholder seg saklig og objektivt til potensielle leverandører og forhindrer at de lar seg styre av personlige forhold eller tar utenforliggende hensyn ved beslutningene.¹⁹

2.1.3 Forutberegnelighet

Grunnkravet til forutberegnelighet er nedfelt i anskaffelsesloven § 5 og anskaffelsesforskriften § 3-1. Oppdragsgiveren må utforme informasjon til leverandørene på en så klar og entydig måte at enhver oppegående og normalt påpasselig person kan

¹⁵ NOU 1997:21 s.31

¹⁶ KOFA sak 2007/116

¹⁷ FAD Veileder 2006 s. 61

¹⁸ For eksempel, se punkt 4.1.4.1 om skatte- og avgiftsrestanser.

¹⁹ NOU 1997:21 s.31

forstå premissene på samme måte.²⁰ Kravet innebærer at oppdragsgiveren ikke skal foreta seg uventede disposisjoner underveis i anbudsprosessen eller forandre grunnlaget for avgjørelsen om tildelingen. Dersom oppdragsgiveren kunne forandre grunnlaget for konkurransen ville det skape usikkerhet og ekstraarbeid, og leverandører vil være mer tilbakeholdne med å bruke tid og andre ressurser på å utarbeide tilbud. Grunnkravet til forutberegnelighet skal sikre at leverandørene kan innrette seg i tillit til de føringer oppdragsgiveren har satt for konkurransen.²¹

2.1.4 Gjennomsiktighet

Grunnkrav til en gjennomsiktig anskaffelsesprosess er lovfestet i anskaffelsesloven § 5 og presisert i anskaffelsesforskriften § 3-1. Grunnkravet innebærer at anskaffelsesprosessen skal være åpen for leverandørene. Det innebærer for det første at leverandørene må få informasjon om at det skal avholdes en konkurranse. Kravet om en åpen anskaffelsesprosess innebærer også at leverandørene skal motta tilstrekkelig informasjon fra oppdragsgiver til å kunne kontrollere egen rettsstilling i konkurransen. Informasjonen som oppdragsgiveren gir leverandørene skal være saklig og objektiv.²²

2.1.5 God forretnings- og anbudsskikk

Etter anskaffelsesloven § 5 skal konkurransen gjennomføres i samsvar med ”god anbudsskikk og forretningsskikk”. God anbudsskikk innebærer blant annet krav om forsvarlig saksbehandling.²³ I kravet om god forretningsskikk ligger at oppdragsgiverne skal opptre på en redelig måte.²⁴ Oppdragsgiver skal vise seg som en profesjonell aktør ved å opptre seriøst og korrekt, slik at potensielle leverandører kan innrette seg i tillit til oppdragsgivers føringer. Etter forarbeidene til anskaffelsesloven vil kravet også innebære at offentlige

²⁰ KOFA 2008/214 i premiss 52

²¹ NOU 1997: 21 s. 116

²² NOU 1997: 21 s. 31

²³ NOU 1997: 21 s. 119

²⁴ NOU 1997: 21 s.119

oppdragsgivere skal opptre etisk, ikke ledes av personlige sympatier, ikke ta utenforliggende hensyn og ha høy forretningsmessig standard.²⁵ Innkjøper i offentlig sektor skal i overveiende grad benytte økonomiske kriterier ved valg av leverandør.²⁶

Oppdragsgivere skal ikke misbruke sin markedsrett eller ta hensyn til egne personlige forhold eller vinning. De skal heller ikke velge leverandører som er kjent for å benytte svart arbeidskraft eller der leverandører benytter underleverandører som lønner sin arbeidsstokk svart - noe som uansett er ulovlig.

²⁵ NOU 1997: 21 s. 31 og 32

²⁶ NOU 1997: 21 s. 31

3 BETYDNING AV KRAVET TIL ETTERPRØVBARHET

3.1 Nærmere om gjennomsiktighet og etterprøvbarhet

Kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet behandles ofte samlet i forarbeider og litteratur, men kravene har forskjellig innhold.²⁷ Det kan derfor være hensiktsmessig å behandle dem hver for seg i denne oppgaven.

3.1.1 Betydningen av kravet til en åpen og gjennomiktig prosess

Omfanget av anskaffelsene i offentlig sektor har mye å si for hvilken produksjon som blir satt i gang i privat sektor. Leverandørene i privat sektor som forholder seg til offentlig virksomhet er avhengig av at det offentliges innkjøpsrutiner foregår på en forsvarlig måte. En åpen prosess skal sikre forsvarlig gjennomføring av anbudskonkurransen.

Anskaffelsesloven § 5, stadfester som nevnt i punkt 2.1.4, et krav om tilstrekkelig åpenhet under konkurransen. Det er dermed en lovfestet plikt som påhviler oppdragsgiveren ved offentlige anskaffelser. Oppdragsgiver skal dokumentere og meddele leverandørene de beslutningene som foretas og begrunnelsen for dette, på en så klar måte at leverandørene selv kan kontrollere hvorvidt regelverket er overholdt. Disse synspunktene er bakgrunnen for regler om bl.a. begrunnelse i anskaffelsesforskriften § 20-16 og regler om innsynsrett.

Oppdragsgiver bidrar til en transparent anskaffelsesprosess ved å skrive ned de vurderinger og beslutninger som angår prosessen slik at leverandørene kan være sikker på at oppdragsgiver har forholdt seg upartisk.²⁸ Dokumenterte anskaffelser tvinger oppdragsgiveren til å reflektere over hvilke valg de tar fordi valget må kunne grunngis på

²⁷ Eksempelvis FAD Veileder (2006) s.63

²⁸ NOU 1997: 21 s. 116

en måte som kan forsvares i ettertid.²⁹ Det bidrar til å bevisstgjøre oppdragsgivere angående de handlinger de foretar. Når viktige vurderinger må skrives ned tvinger en gjennom at oppdragsgiveren må reflektere over sin vurdering og at denne tåler kontroll fra andre. Det er lettere å rasjonalisere en tvilsom avgjørelse muntlig eller i verste fall i eget hode, enn når vurderingen skal nedtegnes på papir. De samme argumenter gjør seg også gjeldende innen alminnelig forvaltningsrett.³⁰

3.1.2 Betydning av kravet til etterprøvbarehet

Kravet til etterprøvbarehet i anskaffelsesloven § 5 har ikke direkte betydning for spørsmålet om en kontrakt er lovlig tildelt, men innebærer som anvist i punkt 2.1 et dokumentasjonskrav. Kravet til etterprøvbarehet innebærer at dokumentene foreligger, at de er tilgjengelige i ettertid og at de kan kontrolleres.

Etterprøvbare anskaffelsesrutiner er viktig for oppdragsgiveren selv som en del av intern kontroll. Oppdragsgiveren kan gå tilbake og sjekke hvordan en tidligere anskaffelse ble gjennomført. Bedriften kan ha behov for å gjennomgå interne rutiner ved eksempelvis restrukturering og nyansettelser, eller der bedriften har fått kritikk fra media eller kontrollrevisjon.³¹ Gode rutiner for dokumentasjon hever oppdragsgivers omdømme, og viser andre bedrifter og næringslivet generelt at denne oppdragsgiveren er seriøs og kan regelverket. Det gir leverandører tillit til at anbudsprosesser blir gjennomført som de skal, og øker sjansen for at leverandøren bruker tid og andre ressurser på å utarbeide tilbud til denne oppdragsgiveren. For at kravet skal tilfredstilles er det av betydning at den skriftlige dokumentasjonen foreligger og at oppdragsgiveren langt på vei har plikt til å gi andre tilgang på dokumentene.³² Etterprøvbare anskaffelsesrutiner er også et viktig middel for ekstern kontroll av oppdragsgiveren. En skriftlig, nedtegnet vurdering som er forståelig for andre medfører at det vil være lettere å oppdage om oppdragsgiveren har tatt

²⁹ NOU 1997:21 s. 31

³⁰ Sivilombudsmannens sak 2006/1214

³¹ Se for øvrig punkt 3.3.3 om innsyn

³² Se KOFA 2009/51

utenforliggende hensyn under tildelingen av kontrakten. Dersom oppdragsgiveren ikke har nedtegnet trinnene i prosessen skriftlig, er det heller ikke noe leverandørene kan kreve innsyn i eller på annen måte kontrollere. Klageorgan og domstol kan heller ikke prøve om prosessen har fulgt de fastsatte saksbehandlingsreglene, men må nøye seg med å fastslå at det ikke foreligger skriftlige bevis eller begrunnelser. Dokumentasjon bidrar videre til å styrke allmennhetens tillit til at det offentlige treffer forsvarlige avgjørelser uten vilkårlighet eller tilslag av utenforliggende hensyn. Dersom oppdragsgiver ikke sikrer en etterprøvable anskaffelsesprosess, er det ofte en indikasjon på at grunnlaget for avgjørelsen ikke tilfredsstiller lovens øvrige krav.³³

Grunnkravet om etterprøvbarhet er av stor betydning for å sikre leverandørenes klage- og søksmålsmuligheter og dermed rettssikkerhet. Leverandørene må kunne kontrollere og forstå hvilke avgjørelser og vurderinger oppdragsgiver har foretatt. Leverandører som konkurrerer om en kontrakt har de beste forutsetningene for å kjenne bransjen, samtidig som de vil ivareta sine egne interesser. Det er derfor man hevder at det er leverandørene som best kan kontrollere om oppdragsgivers handlinger under anskaffelsen er i samsvar med regelverket.

Kravet om etterprøvbarhet har også en tvisteforebyggende funksjon.³⁴ Vurderinger og beslutninger skal nedtegnes på en måte som gjør andre i stand til å forstå hva oppdragsgiveren har vurdert. Hvis nedtegnelsen er skjedd på riktig måte, og avgjørelsene er saklige, vil det være mulig for leverandørene å forstå hvorfor den aktuelle beslutningen ble tatt, og lettere akseptere eller forsone seg med denne og dermed unngå en eventuell tvist. Dersom leverandørene er uenige og velger å klage saken inn for klagenemnda eller anlegge søksmål for domstolen har kravet betydning for bevissituasjonen. Kravet til etterprøvbarhet gjelder uavhengig av om noen av leverandørene klager eller anlegger søksmål. Men når oppdragsgiveren overholder kravet til etterprøvbarhet, sikres samtidig bevis som vil være av betydning for sakens opplysning dersom det blir tvist eller søksmål. Oppdragsgivere som har fornuftige og gode vurderinger vil kunne sende dokumentene til KOFA eller

³³ Bl.a. KOFA 2007/56, Rt 2000 s. 1066 og sivilombudsmannens sak i 2006/1214

³⁴ NOU 1997:21 s. 116

fremlegge dokumentene i retten ved en eventuell tvist. Ved en slik tvist kan det være avgjørende for oppdragsgiveren at han/hun har bevis som går i deres favør dersom dette faktisk er tilfellet. Bevis i form av dokumenter vil være avgjørende for at uttalelsen skal gå i bedriftens favør. Uten dokumentbevis er det vanskelig for tvisteløsningsorganene å ta stilling til hva som skjedde, eller hva som ble avtalt mellom partene. KOFA 2007/56 illustrerer hvordan manglende dokumentasjon av hvordan oppdragsgiver har vurdert og besluttet, medfører at hverken oppdragsgiver selv kan foreta intern kontroll, leverandører kontrollere egen rettsstilling, eller kontrollorgan kan få innblikk i hva som ble lagt vekt på ved vurderingen. I den aktuelle tvisten hadde oppdragskommunen gitt en svært vag begrunnelse for hvorfor klager ble valgt vekk fra videre deltakelse i konkurransen. Kommunen henviste til konkurransegrunnlaget: *”Vi har brukt kriteriene som er anført i konkurransegrunnlaget”*³⁵. Da leverandøren anmodet om nærmere begrunnelse, svarte kommunen at de: *”har vurdert søknadene i forhold til kriteriene i rammebetingelsene. Som anvist i rammebetingelsene har vi vært opptatt av møteplasser. (...) Vi har vurdert Deres klage på prekvalifiseringen, men finner dessverre ikke å kunne ta den til følge.”*³⁶ Etter nok en henvendelse fra leverandøren til oppdragsgiver var begrunnelsen fremdeles lite konkret: *”Arbeidet med prekvalifiseringen var vanskelig, (...) ut i fra de kriteriene vi satte i rammebetingelsene. I tillegg var vi opptatt av å få et bredest mulig deltakerpanel. Ditt firma var med i vurderingen helt til slutt, men i den endelige utvelgelsen ble det dessverre slik at dere ikke kom med blant de prekvalifiserte.”*³⁷ Klagenemnda konkluderte at kommunen hadde brutt kravet til etterprøvbarhet ved å gi leverandøren manglende og for vag begrunnelse. Det var ikke tilstrekkelig å henvise til at vurderingen hadde skjedd på bakgrunn av en totalvurdering. Vurderingene ble ikke spesifisert, og det var ikke en begrunnelse som ga leverandøren mulighet til å se hva kommunen faktisk hadde lagt vekt på.

³⁵ Jfr. KOFA 2007/56 premiss 7

³⁶ Jfr. KOFA 2007/56 premiss 11

³⁷ Jfr. KOFA 2007/56 premiss 13

3.2 Bevissituasjonen

En leverandør som mener seg uriktig behandlet i en anbudskonkurranse kan selv bestemme om han/hun vil klage saken inn for klagenemnda eller anlegge søksmål for domstolene. I begge tilfeller skal klager og innklagede part fremlegge de dokumentene de ønsker at nemnda eller domstolen skal ta stilling til. Erfaringsvis vil det foreligge korrespondanse, avtaler, vurderinger og begrunnelser som partene legger frem og taler går mot forskjellige løsninger av tvisten. Ved søksmål vil det i tillegg foreligge muntlige bevis fra partene selv og fra vitner. Spørsmålet er hvordan klagenemnda eller domstolene skal forholde seg til de dokumentene de får seg forelagt, og hvilken av partene det skal gå ut over der dokumentbevisene strider mot hverandre eller i verste fall mangler.

3.2.1 Beviskrav

Med beviskrav menes hvor høy sannsynlighet som må foreligge for at domstolen eller klagenemnda skal kunne legge et bestemt bevis eller faktum til grunn.³⁸

I alminnelig sivilprosess er den ulovfestede hovedregelen det såkalte overvektsprinsippet etter Rt. 1992 s. 64 P-pilledom 2. I dommen gis det i følge Jo Hov uttrykk for at dersom det ikke foreligger særlige holdepunkter - i lov eller etter reelle hensyn - skal prinsippet om sannsynlighetsovervekt legges til grunn.³⁹ Man skal feste lit til det resultatet som mest sannsynlig er det riktige ut ifra de dokumentene klagenemnda får seg forelagt, eller dommeren får presentert under hovedforhandlingen.

I Rt. 1995 s. 821 var spørsmålet i hvilken grad en advokat hadde tilsidesatt omsorgsansvar for en annen part enn sin klient og kunne bli erstatningssansvarlig for dette. Høyesterett kom til at advokaten ikke var erstatningsansvarlig. Det sentrale i denne sammenheng er at retten uttalte at *”avtaler, dokumentene ellers og partenes opptreden”* som forelå fra tiden *før* tvisten oppsto måtte særlig tillegges vekt ved bevisvurderingen. Dokumenter og

³⁸ Jfr Hov, J (2007) Bind 1 s. 349

³⁹ Hov, J (2007) Bind 1 s. 354.

forklaringer i nær tilknytning til tvisten måtte derimot ha generell liten vekt. Grunnen var i følge Høyesterett at ”*det må regnes med som åpenbart at forklaringene, som er sterkt divergerende på sentrale punkter, i atskillig grad vil være påvirket av konflikten og de impliserte interesser i utfallet av saken*”⁴⁰.

I samme retning uttalte Høyesterett seg i Rt. 1998 s.1565. Tvisten sto mellom et forsikringsselskap og en trafikkskadet kvinne. Spørsmålet var om skader påført ved påkjørsel i 1994 kunne kvalifisere for erstatning. Høyesterett tilkjente ikke kvinnen erstatning fordi det ikke var sannsynlig at arbeidsuførheten til kvinnen hadde sin årsak i trafikkulykken. Høyesterett la avgjørende vekt på de beviser som var nedtegnet i tidsnær sammenheng med ulykken og mindre vekt på “*de opplysninger som er gitt i tilknytning til rettssaken og som lett - gjerne ubevisst - vil være farvet av den konflikt og de interesser som foreligger*”⁴¹.

Begge høyesterettsdommene viser at retten legger mer vekt på skriftlige nedtegnelser i form av dokumenter, avtaler, redegjørelser eller vurderinger som beviselig har funnet sted kort tid etter grunnlaget for det skriftlige beviset, og som er nedtegnet før den aktuelle tvisten oppstår. Dommene gjelder på henholdsvis entrepriserett og forsikringsrett, men gjelder i begge tilfeller spørsmål om erstatning.

I forhold til tvister ved spørsmål om brudd på anskaffelsesregelverket medfører den linjen Høyesterett har lagt opp til at retten vil tillegge skriftlige bevis i nær tidsmessig tilknytning til hendelsen mer vekt enn redegjørelser som fremkommer etter at sak er innledet. Det tilsier at oppdragsgivers nedtegnelser som skjer samtidig, eller nært i tid til vurderingen eller beslutningen vil ha mer vekt ved en eventuell tvist, enn nedtegnelser som fremkommer idet klagesak innledes eller søksmål rettes. Det er derfor i partenes egen interesse at vurderinger og beslutninger som treffes under anskaffelsesprosessen nedtegnes skriftlig med det samme eller så raskt det lar seg gjøre.

⁴⁰ Rt. 1995 s.821

⁴¹ Rt. 1998 s.1565. Dissens 3-2. Mindretallet var imidlertid enige med flertallet i at trafikkulykken ikke var sannsynliggjort som årsak til arbeidsuførheten. Uenigheten handlet om erstatningens størrelse.

3.2.2 Bevisføringsplikt

Med bevisføringsplikt menes subjektiv bevisbyrde om hvilken av partene som har plikt til å fremlegge det aktuelle beviset.⁴² Og dersom slikt bevis ikke kan fremskaffes, hvilken part det i så fall skal gå ut over.

Ved sivilt søksmål har begge partene som hovedregel bevisføringsplikt. Det er som hovedregel opp til partene å legge frem de dokumentene og bevisene de mener vil være i deres favør.⁴³ Dette vil imidlertid være annerledes ved en tvist om oppdragsgiver har overholdt kravet til etterprøvbarhet i en anskaffelsesprosess. Oppdragsgiver er pålagt å sikre de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften. Kravet til etterprøvbarhet er en plikt som påhviler oppdragsgiver, jfr. ”oppdragsgiver skal sikre” i anskaffelsesloven § 5. Lovens ordlyd taler klart for at usikkerheten om hva som ble vurdert eller begrunnelsen for en avgjørelse må gå ut over oppdragsgiveren i de tilfellene hvor oppdragsgiveren ikke kan vise til skriftlige nedtegnelser. Synspunktet støttes både av praksis fra EF-domstolen, fra Høyesterett og fra klagenemnda.

I samme retning uttales det i forarbeidene til anskaffelsesloven. Der fremkommer at det i tilfeller hvor ”*oppdragsgiver unnlater å oppfylle sin bevisføringsplikt, for eksempel ved å nekte å utlevere relevante dokumenter, vil dette normalt belastes oppdragsgiver ved bevisvurderingen*”⁴⁴. Uttalelsen gjelder for klagenemndas vurdering av eventuelt overtredelsesgebyr, men må kunne overføres på andre tilfeller av bevisvurdering. Synspunktet som fremkommer i forarbeidene må også kunne gjelde både der oppdragsgiveren nekter å utlevere dokumentene og der det ikke finnes skriftlige dokumenter å fremlegge.

Samlet taler dette for at oppdragsgiveren som det klare utgangspunkt har bevisbyrden for regelverksbrudd der han har brutt kravet til etterprøvbarhet. Dersom oppdragsgiveren ikke

⁴² Jfr Hov, J (2007) Bind 1 s. 348

⁴³ Jfr. tvisteloven § 21-3 1. ledd

⁴⁴ Ot.prp nr.62 (2005-2006) s 26

klarer å fremlegge skriftlig dokumentasjon i form av anskaffelsesprotokoll eller dokumentasjon vil dommeren gi motparten medhold med mindre grad av sannsynlighet enn overvektsprinsippet.

3.3 Rett til innsyn

3.3.1 Hvilke aktører har behov for rett til innsyn?

Innsynsrett vil si at en aktør har rett til å få tilgang til dokumentene som angår saken. Rett til innsyn er særlig begrunnet i hensynet til demokrati, kontroll og rettssikkerhet.⁴⁵ Innsyn i forvaltningens virksomhet legger til rette for at borgerne får kunnskap om hva som skjer. Innsyn er også en forutsetning for kritisk undersøkende journalistikk, og avsløring av feil og vilkårlighet. Det er særlig hensynene til kontroll og rettssikkerhet som begrunner innsyn i anskaffelsesprosesser, og er et konkret utslag av grunnkravet til gjennomsiktede og åpne anskaffelsesprosesser.⁴⁶ I en anskaffelse vil innsyn gjelde de vurderinger og beslutninger oppdragsgiveren har utarbeidet og truffet.

3.3.1.1 Leverandører i den aktuelle konkurransen

Innsynsrett vil for det første være viktig for leverandørene som har deltatt i en konkurranse. Men fordi leverandørene etter kravet om gjennomsiktighet har krav på informasjon direkte fra oppdragsgiver om egen stilling i konkurransen, er behovet for innsyn i denne sammenheng i første rekke knyttet til kontroll av de andre leverandørene. En leverandør som eksempelvis blir avvist under kvalifiseringsrunden, får bare begrunnelse for hvorfor akkurat han ble avvist, men ikke hvordan det gikk med de øvrige leverandører. Den avviste leverandøren kan ha behov for å se hvorfor andre leverandører ble avvist, eller hvorfor andre leverandører ikke ble avvist, for å kontrollere at oppdragsgiveren har likebehandlet leverandørene.

⁴⁵ Jfr. Innst O. nr 41 (2005-2006) s. 2 og NOU 2003: 30 s. 42

⁴⁶ Jfr. FAD Veileder (2006) s. 63 og s. 64

For det andre kan innsyn også være viktig for at leverandørene skal kunne forbedre seg. Gjennom innsyn kan en leverandør se hvilke leverandører som ble valgt og hvorfor. Denne innsikten kan brukes til å styrke egne muligheter ved en senere konkurranse.

3.3.1.2 Andre potensielle leverandører

Leverandører som ikke deltok i konkurransen kan også ha behov for å se hvordan en bestemt oppdragsgiver foretar valg av leverandør. Det kan gi en føring på om det er en aktuell oppdragsgiver å inngi anbud til, og i så tilfelle kunne forberede senere tilbud eller tilpasse endringer til noe de ser at en bestemt oppdragsgiver ofte legger vekt på. Det kan også være at de finner ut at dette er én de vil holde seg unna.

3.3.1.3 Allmenn kontroll

Oppdragsgiverne selv skal ha gode interne rutiner for å oppdage feil og mangler ved anskaffelsesprosessen, bl. a. gjennom internkontrollforskriften.⁴⁷ De underlegges i tillegg ekstern kontroll gjennom kommunerevisjon og Riksrevisjonen. Men antall anskaffelser og omfanget av verdiene det offentlige forvalter tilsier at det i tillegg er behov for muligheten for kontroll fra allmennheten. I forarbeidene til ny offentlighetslov heter det at *”åpenhet er en forutsetning for kontroll, og at kontroll er og blir den beste kontrollmekanismen”*⁴⁸.

Innsynsrett gjør det mulig for media å drive kritisk undersøkende journalistikk og på den måten avdekke oppdragsgiveres uregelmessigheter. Oppdragsgiveres bevissthet om at media vil kunne undersøke prosessene gjennom innsynsretten, kan gjøre dem mer påpasselige med å følge eksempelvis anskaffelsesregelverket.

⁴⁷ Se bl.a. NOU 1997:21 s 43 om internkontrollforskriften og NOU 1997:21 s 71 for riksrevisjonen.

⁴⁸ NOU 2003:30 s. 43

3.3.1.4 Domstol og klagenemnda

Domstolen følger tvistelovens regler og har ikke et selvstendig behov for innsyn etter forvaltningsloven eller offentleglova. Ved sivilt søksmål har partene fri rådighet over saken og skal som hovedregel selv fremlegge de bevisene de ønsker at retten skal ta stilling til.⁴⁹

Etter tvistelovens regler kan retten pålegge oppdragsgiveren å utlevere dokumenter som kanskje kan benyttes som bevis, uavhengig av om oppdragsgiveren henviser til at opplysninger i dokumentene er underlagt lovbestemt taushetsplikt eller ikke.⁵⁰ Retten vil da selv vurdere hvorvidt opplysningene er taushetsbelagte, eller om de skal benyttes som bevis i saken.⁵¹

Klagenemnda er gjennom klageforskriften § 11 gitt samme mulighet som domstolen har etter tvistelovens regler til å få fremlagt dokumenter og kan kreve utlevering av disse.⁵² Heller ikke klagenemnda har da et selvstendig behov for innsyn etter de aktuelle lovene.

3.3.2 Innsyn etter forvaltningsloven

Når forvaltningen treffer vanlige enkeltvedtak kan parten kreve innsyn i sin egen sak jfr. forvaltningsloven § 18. Hovedregelen er at parten skal få se alle dokumenter. Dokumenter som kan holdes unna gjelder bestemte unntak i forvaltningsloven selv eller i andre lover for taushetsbelagte opplysninger. Dersom en leverandør krever partsinnsynsrett etter forvaltningsloven, kan han/hun få innsyn i flere opplysninger enn etter offentleglova.⁵³

Statlige, kommunale, fylkeskommunale eller private oppdragsgivere med statlig eierskap regnes som forvaltningsorgan etter forvaltningsloven § 1. Mange oppdragsgivere omfattes

⁴⁹ Tvisteloven § 21-3

⁵⁰ Tvistelovens § 21-5 og § 26-5. Retten kan etter tvl. § 21-3 2.ledd 2.pkt.supplere avgjørelsesgrunnlaget dersom de finner det nødvendig.

⁵¹ Tvistelovens § 26-7

⁵² KOFA-forskriften §11 henviser fremdeles til gammel tvistemålslov, men etter høringsnotat fra Fornyings- og administrasjonsdepartementet om nye henvisninger i §11 er det ikke ment å gi materielle endringer ved henvisninger til ny tvistelov.

⁵³ Ny offentleglova har utvidet innsynsretten, men fremdeles går partsinnsyn lenger enn innsyn etter offentleglova. NOU 2003: 30 s. 249

altså i utgangspunktet av forvaltningslovens regler. Men beslutninger under en anbudsprosess treffes ikke i kraft av utøvelse av offentlig myndighet etter forvaltningsloven § 2, men som en del av forvaltningsorganets forretningsførsel. Anbudsprosessene faller dermed utenfor de reglene som gjelder ved enkeltvedtak etter forvaltningsloven.⁵⁴

Allerede på 1980-tallet ble det fastslått at anvendelsesområdene til henholdsvis forvaltningsloven og offentleglova skulle harmoniseres.⁵⁵ Forvaltningsorganers forretningsførsel inngår nå uttrykkelig i offentleglova. Leverandører må benytte seg av innsynsretten etter offentleglova for å kreve innsyn. Det kan tenkes tilfeller hvor man må anvende partsinnsynsretten analogisk eller utvidet innsynsrett i konkrete tilfeller. Men når lovgiver i forarbeidene har tatt konkret standpunkt, skal det generelt mye til for å fravike lovgivers syn. Konsekvensen blir at leverandører ikke kan kreve innsyn etter forvaltningslovens bestemmelser.

3.3.3 Innsyn etter offentleglova

Offentleglova trådte i kraft i januar 2009. Den gir større rett enn tidligere lov for tredjepersoner til å kreve innsyn i virksomhet som blir utøvd av forvaltningsorganer. Oppdragsgivere etter anskaffelsesregelverket regnes som forvaltningsorgan etter offentleglova.⁵⁶ Forarbeidene uttaler at dersom organet regnes som forvaltningsorgan, vil hele virksomheten være omfattet, også forretningsførselen.⁵⁷ Det er derfor klart at tredjepersoner kan kreve innsyn i dokumenter som angår anskaffelser av ytelser og oppdrag.

⁵⁴ Ot.prp nr. 71 (1997-1998) s 17

⁵⁵ Jfr. Ot.prp nr.4 (1981-1982) s. 5 Forarbeide til endringslov om offentlighet i forvaltningen

⁵⁶ Offentlige forvaltningsorganer er definert i offentleglova §2. Omfatter bl.a. stat, kommune og selvstendige rettssubjekter hvor stat/kommune har direkte eller indirekte eierskap som utgjør mer enn halvparten av stemmene i rettssubjektet.

⁵⁷ Jfr Innst.O nr.41 (2005-2006) s 4. ”Dersom eit organ blir rekna som eit forvaltningsorgan, er altså heile verksemda til organet omfatta, både myndigheitsutøving, andre forvaltningsoppgåver, forretningsdrift og intern administrasjon”

3.3.3.1 Innsyn under anbudskonkurranse

Hovedregelen i offentleglova § 3 er at alle skriftlige dokumenter er offentlige med mindre det foreligger unntak i lov eller forskrift.⁵⁸ Dokumentene som angår anbudsprosessen er som hovedregel offentlige etter loven. Men dokumentene som beskriver selve tilbudene fra leverandørene samt oppdragsgivers løpende anbudsprotokoll er imidlertid unntatt offentlighet frem til oppdragsgiver har valgt leverandør, jfr. offentleglova § 23.⁵⁹ Opplysningene offentliggjøres først gjennom protokollen etter at tilbyder er valgt. I tidsrommet mellom tilbudsfristen og tildelingsbeslutningen er tilbudene da unntatt offentlighet. Leverandørene får altså ikke innsyn i de andre leverandørenes tilbud før oppdragsgiver har fattet vedtak om tildeling av kontrakten. Hvis de andres tilbud var offentlig tilgjengelig, kunne enhver leverandør endre sitt eget tilbud innen tilbudsfristens utløp.

At disse opplysningene er unntatt offentlighet inntil tilbyder er valgt medfører videre at oppdragsgiveren på dette stadiet ikke trenger å bruke tid og andre ressurser på å ta stilling til hvilke opplysninger som vil være underlagt taushetsplikt.

3.3.3.2 Innsyn etter at leverandør er valgt, men før kontrakt signeres

Når oppdragsgiver har tildelt kontrakten til en leverandør, er samtlige tilbud og anskaffelsesprotokollen offentlig jfr. offentleglova § 23. Tilbudene og anskaffelsesprotokollen er altså offentlige en kort tidsperiode *før* kontrakt med den bestemte leverandøren blir undertegnet. Det skal gå "rimelig tid" fra tilbyder er valgt og til kontrakt signeres. jfr. anskaffelsesforskriften § 22-3. Perioden mellom tildeling og kontraktssignering - karensperioden - skal være lang nok til å gi leverandørene mulighet til å kontrollere vurderingene, begrunnelsene og beslutningene oppdragsgiver har foretatt.

⁵⁸ Se punkt 3.4.3.3 om taushetsbelagte opplysninger

⁵⁹ FAD Veileder (2006) s 73

Innsynsrett i det aktuelle tidsrommet er begrunnet med at leverandørene skal kunne sikre egen rettsstilling ved å vurdere om oppdragsgivers handlemåte er godt nok begrunnet, og om ønskelig anmode oppdragsgiver om å omgjøre tildelingsbeslutningen.⁶⁰ Leverandørene skal også i denne perioden kunne benytte seg av klage- og søksmålsadgangen. Leverandørene kan få stoppet kontraktssigneringen før bindende kontrakt er inngått.⁶¹ Etter at kontrakt er signert er det ikke mulig for domstolen å sette kontrakten til side.⁶² For at klageadgangen i karensperioden skal være reell, er derfor innsynsretten av avgjørende betydning.

3.3.3.3 Unntak for taushetsbelagte opplysninger og forretningshemmeligheter

Unntak fra innsyn i forvaltningens virksomhet ivaretar flere hensyn. Eksempler er beskyttelse av private interesser, beskyttelse av offentlige interesser og sikring av forsvarlige beslutningsprosesser.⁶³ Etter offentleglova § 13 skal opplysninger underlagt lovbestemt taushetsplikt unntas offentlighet. Mest relevant i forhold til anskaffelser er forvaltningsloven § 13 om forretningshemmeligheter og andre sensitive opplysninger. Forretningshemmeligheter er opplysninger den enkelte leverandør eller oppdragsgiver selv ønsker å beholde innad i bedriften. Det kan være tiltak som gir et konkurransefortrinn i forhold til andre leverandører innen samme bransje, eller tiltak som bidrar til at leverandøren kan holde seg på samme nivå som andre leverandører. Både innsyn under anbudskonkurransen, og innsyn etter at tilbyder er valgt begrenses av regler om lovbestemt taushetsplikt jfr anskaffelsesforskriften § 3-6.

Drifts- og forretningshemmeligheter er underlagt taushetsplikt jfr. forvaltningslovens § 13 2.ledd jfr. anskaffelsesforskriften § 3-6. I følge uttalelse fra lovavdelingen vil

⁶⁰ Samtlige tilbud er fra leverandøren er bindende til vedståelsesfristens utløp og oppdragsgiveren kan omgjøre beslutningen om hvilken leverandør som skal få tildelt kontrakten og i stedet tildele kontrakten til en annen leverandør jfr. anskaffelsesforskriften § 19-6.

⁶¹ Leverandører kan anmode om midlertidig forføyning etter anskaffelsesloven §8

⁶² Jfr. anskaffelsesloven § 7. Se for øvrig punkt 3.5.1

⁶³ NOU 2003:30 s. 44

driftshemmeligheter være slike som er knyttet til den enkelte leverandør eller oppdragsgivers tekniske metoder.⁶⁴ Det kan eksempelvis være effektive IT-løsninger eller måter å samkjøre maskiner til flere bruksområder. Gode teknologiske løsninger kan gi leverandøren et konkurransefortrinn fordi han/hun kan tilby tjenesten eller ytelsen til lavere pris enn andre leverandører. Forretningshemmeligheter er, ifølge den samme uttalelsen fra lovavdelingen, opplysninger som er av betydning for omsetningen til leverandøren. Det kan for eksempel være opplysninger om timepriser eller personell. Taushetsplikten skal hindre andre i å få kjennskap til konkurrenters fortrinn, og som kan redusere deres omsetning dersom opplysningene blir offentliggjort.⁶⁵ Det gjelder både personlige forhold og forretningshemmeligheter.⁶⁶ Det kan føre til at leverandører som er med, eller ikke er med, i den aktuelle konkurransen tilpasser tilbud i senere konkurranser slik at de lettere får tilsagn på kontrakten. Ivaretagelse av forretningshemmeligheter blir også vurdert til å stimulere til et mer konkurransedyktig og innovativt næringsliv fordi ellers kunne noen av leverandørene i konkurransen vurdert prisen for å delta for høy dersom det er risiko for at forretningshemmeligheter avsløres.

Dersom en leverandør for eksempel anmoder om en nærmere begrunnelse etter at han/hun ble avvist, og oppdragsgiveren unnlater å gi denne med henvisning til taushetsplikten, kan leverandøren klage på oppdragsgivers manglende utlevering av opplysningene. Leverandøren kan da anlegge sak for domstolen eller klage saken inn for klagenemnda.

Domstolen har etter tvisteloven § 21-5 rett til å pålegge oppdragsgiver å fremlegge dokumentene slik at retten kan vurdere om opplysningene er underlagt taushetsplikt eller ikke.⁶⁷ Dersom opplysningene er taushetsbelagte skal de ikke føres som bevis i saken.⁶⁸

⁶⁴ Jfr. Punkt 2 i *Uttalelse om plikten til å fremlegge dokumenter for klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)* av 19.08.2004

⁶⁵ NOU 1997:21 s. 123

⁶⁶ NOU 2003:30 s. 45

⁶⁷ Jfr. Punkt 2 og 3 i *Uttalelse om plikten til å fremlegge dokumenter for klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)* av 19.08.2004

⁶⁸ Jfr. TvI. § 21-5 jfr 22-3 1.ledd. Ved søksmål for domstolen har retten unntaksvis i visse tilfeller anledning til å benytte taushetsbelagte opplysninger som bevis i saken. Men interessene og behovet for å benytte beviset må være vesentlig større enn behovet for å holde opplysningene unna offentligheten.

Klagenemnda har samme mulighet til å pålegge fremleggelse av dokumentene fordi KOFA-forskriften gir tvisteloven § 21-5 tilsvarende anvendelse.⁶⁹ Formålet er å sikre at klagenemnda har like gode mulighet til innsyn som det domstolen er gitt.⁷⁰

3.4 Rettsvirkninger ved brudd på etterprøvnbarhet

Grunnkravene som er nedfelt i anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften begrenser enhver offentlig oppdragsgivers handlefrihet ved anskaffelser. Oppdragsgiver skal overholde regelverket og sikre at grunnkravene blir overholdt gjennom anskaffelsesprosessen. Ut fra grunnkravene kan det utledes selvstendige rettigheter og plikter for oppdragsgiver som er gjenstand for rettslige prosesser. Dersom leverandørene hevder at oppdragsgiver ikke har etterkommet kravene, kan de klage til klagenemnda eller domstol.

En leverandør som krever erstatning eller ønsker å ilegge oppdragsgiver andre bindende pålegg, må ta saken inn for de ordinære domstolene.⁷¹ Etter anskaffelsesloven § 7 kan en leverandør anlegge sivilt søksmål mot en oppdragsgiver ved bl.a. tvist om avvising, tildelingsbeslutningen eller andre tvister etter regelverket.

For å kunne bringe saken inn for domstolsapparatet må leverandørene oppfylle de vanlige prosessforutsetningene i nåværende tvistelov.⁷² Hensikten med søksmålsadgangen er å gi leverandørene en effektiv og rask klagebehandling.⁷³ I forarbeidene til anskaffelsesloven uttales det at dersom domstolsbehandlingen ikke vil ha betydning for saksøkeren, vil denne

⁶⁹ KOFA-forskriften henviser fremdeles til tvistemålsloven § 250, som i dag er tvisteloven § 21-5. Etter høringsnotat fra Fornyings- og administrasjonsdepartementet skal henvisningene endres til tvl, men uten materielle endringer.

⁷⁰ Jfr. Punkt 2i *Uttalelse om plikten til å fremlegge dokumenter for klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)* av 19.08.2004

⁷¹ Norge har gjennom EUs håndhevelsesdirektiver bundet seg til å gi leverandørene en effektiv og rask klagebehandling.

⁷² Jfr. bl.a. Ot.prp nr. 97 (1991-92) s. 16

⁷³ Se bl.a. EF-domstolens sak C-230/02. Et annet spørsmål er om norsk domstolsbehandling tilfredsstiller en rask og effektiv klagebehandling.

heller ikke oppfylle aktualitetsvilkåret i tvisteloven.⁷⁴ Om oppdragsgiver har brutt kravet til etterprøvbarhet er det vanskelig å vite om utfallet ville blitt annerledes såfremt oppdragsgiveren hadde dokumentert forholdet. Men igjen vil bevistvil lett gå utover oppdragsgiveren.

Ved spørsmål om brudd på regelverket kan leverandører klage saken inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser. KOFA ble etablert i 1. januar 2003 i medhold av anskaffelsesloven § 7a. En forbigått leverandør kan klage til klagenemnda over alle tvister og regelbrudd som angår regelverkets materielle og prosessuelle regler, deriblant spørsmål om brudd på de grunnleggende kravene.⁷⁵ Klagenemnda har kompetanse til å uttale seg om konkrete tvister angående spørsmål knyttet til anskaffelsesloven og tilhørende forskrifter. Som hovedregel er klagenemnda i likhet med domstolen bundet av disposisjonsprinsippet, og er følgelig bundet til bare å avgjøre de påstander klageren påberoper seg.⁷⁶ Uttalelsene er i alle tilfeller kun rådgivende og ikke juridisk bindende og utløser ingen rettsvirkninger.⁷⁷ Det bunner i at klagenemnda skal være et uavhengig og rådgivende tvisteløsningsorgan.⁷⁸

Klagenemnda fastslår om det er brudd på regelverket, men vurderer ikke hvorvidt en beslutning var hensiktsmessig eller økonomisk fornuftig. Det kan eksempelvis være tilfellet der en leverandør klager saken inn til KOFA fordi oppdragsgiver burde avvist en annen leverandør, men unnlot å gjøre det. I sistnevnte situasjon vil det være spørsmål om brudd på likebehandling, men dersom oppdragsgiveren ikke har gitt tilstrekkelig begrunnelse, vil det samtidig være brudd på kravene om etterprøvbarhet og gjennomsiktighet.⁷⁹

Tvisten kan også ha bakgrunn i at oppdragsgiveren ikke kan vise til en tilstrekkelig begrunnelse for hvilken leverandør som vant konkurransen. Det kan være tilfellet der

⁷⁴ Ot.prp nr 71 s. 67

⁷⁵ Jfr. Klageforskriften § 6

⁷⁶ Jfr. tvisteloven § 11-2 og klageforskriften § 12

⁷⁷ Jfr. Klageforskriften § 12 3.ledd. Unntak er ved overtredelsesgebyr for ulovlig direkte anskaffelser. Klagenemndas uttalelse er ved slike tvister juridisk bindende, og ved spørsmål om overtredelsesgebyr er nemnda heller ikke bundet av partenes anførsler.

⁷⁸ Jfr. klageforskriften § 1 og § 5

⁷⁹ Se bl.a. KOFA sak 2007/56

oppdragsgiveren kun henviser til tildelingskriteriene i begrunnelsen, eller ikke kommer med objektivt klare holdepunkter for hvorfor akkurat den foretrukne leverandøren ble valgt.

3.4.1 Tilsidesetting av kontrakt

Etter anskaffelsesloven § 7 har domstolen kompetanse og myndighet til å sette oppdragsgivers beslutninger under anskaffelsesprosessen til side inntil kontrakt er inngått. Retten kan også sette oppdragsgivers beslutning om selve tildelingen av kontrakt til side.⁸⁰ Men kompetansen innebærer ingen plikt til å sette kontrakten til side. Det er opp til rettens skjønn om feilen er alvorlig nok til at domstolen velger dette. Etter forarbeidene til anskaffelsesloven må domstolen vurdere ”*saksøkerens interesser opp mot de ulemper dette vil medføre for oppdragsgiver og samfunnet for øvrig*”⁸¹. Ved mindre bagatellmessige overtredelser som ikke har betydning for utfallet bør ikke domstolen sette beslutningen til side.⁸²

Forarbeidene uttaler videre at som utgangspunkt skal bare inngrep skje dersom det har betydning i forhold til saksøkeren.⁸³ Brudd på kravet til etterprøvbarhet trenger ikke ha betydning i forhold til leverandøren. Kravet innebærer at beslutningene skal kunne kontrolleres i ettertid, men selve tildelingen kan ha skjedd isolert sett lovlig selv om den er for dårlig dokumentert. Uttalelsene i forarbeidene tilsier i slike tilfeller at det skal mye til før domstolen setter oppdragsgivers beslutning til side.

⁸⁰ Kontrakten er inngått når oppdragsgiver og den valgte leverandøren har signert kontrakten Jfr. anskaffelsesforskriften § 22-3 1.ledd

⁸¹ Ot.prp. nr. 71 (1997-1998) s. 67

⁸² Ot.prp. nr. 71 (1997-1998) s. 67

⁸³ Ot.prp nr. 71 (1997-1998) s.67

3.4.2 Erstatning

Etter at kontrakt er inngått er saksøkers eneste sanksjonsmuligheter krav om erstatning. Leverandøren har krav på det tap han har lidt ”som følge av bruddet”.⁸⁴ I tråd med alminnelige ulovfestede erstatningsrettslige prinsipper må det foreligge ansvarsgrunnlag, adekvat årsakssammenheng og økonomisk tap.⁸⁵ Ansvarsgrunnlaget er culpa in contrahendo. Oppdragsgiver må ha brutt normene eller konkrete regler i forbindelsen med anskaffelsesprosessen.⁸⁶ Brudd på kravet til etterprøvbarhet ”*kan gi grunnlag for krav om erstatning etter anskaffelsesloven § 10*”⁸⁷.

3.4.2.1 Negativ kontraktsinteresse

Kompensasjon for den negative kontraktsinteressen innebærer at saksøkeren får erstattet utgiftene som er forbundet med selve deltakelsen i en konkurranse. Saksøker skal stilles økonomisk som om han/hun aldri hadde blitt med i anbudskonkurransen. Vilklårene for negativ kontraktsinteresse utledes av blant annet Firesafe-dommen.⁸⁸ I dommen fremgår det at Høyesterett ved spørsmål om negativ kontraktsinteresse naturlig tar utgangspunkt i grunnvilkårene for erstatning.

Ansvarsgrunnlaget er at det må foreligge brudd på regelverket om offentlige anskaffelser. Brudd på konkrete regler som særlig skal ivareta hensynet til etterprøvbarhet vil være et slikt brudd. Det samme vil være tilfellet dersom leverandøren hevder det foreligger brudd på andre regler og oppdragsgiver ikke kan dokumentere at dette *ikke* er tilfellet.

Vilkåret om årsakssammenheng mellom det økonomiske tapet og regelbruddet innebærer at det må sannsynliggjøres at saksøkeren ikke ville deltatt i konkurransen dersom han visste at oppdragsgiver ville gjennomføre denne med de aktuelle saksbehandlingsfeilene. I Firesafe-dommen uttaler Høyesterett at det ”[*ikke*] bør stilles strenge krav til årsakssammenheng for

⁸⁴ Jfr LOA § 10

⁸⁵ Ot.prp nr. 71 (1997-1998) s.68

⁸⁶ NOU 1997:21 s. 85

⁸⁷ LB-2009-059797. Borgarting lagmannsrett - dom

⁸⁸ Jfr. Rt. 1997 s. 574 Firesafe-dommen

å utløse erstatningsplikt ved klare feil”⁸⁹. Uttalelsen tilsier at dersom det foreligger klare feil på regelverket skal det ikke mye til før man kan regne det som sannsynlig at leverandøren ikke ville blitt med. I denne dommen hadde kommunen stilt krav om lærlingordning, men ved tildelingen av kontrakt valgte de et tilbud uten en slik ordning. Høyesterett kom til at det forelå brudd på anskaffelsesreglene og tilkjente de to leverandørene som både hadde lavest pris og lærlingordning, erstatning for den negative kontraktsinteressen. Retten fant det var sannsynlig at leverandørene ikke ville blitt med i konkurransen dersom de visste tildelingen ville skje i strid med tildelingskriteriene og derved utøve brudd på regelverket.

Det foreligger brudd på kravet til etterprøvbarhet der oppdragsgiver ikke har dokumentert hvordan anskaffelsen har foregått. Det foreligger også brudd når konkrete saksbehandlingsregler som skal sikre kravet, som protokollplikt eller begrunnelsesplikt, er overtrådt. Brudd på kravet foreligger også der det er tvil om oppdragsgiver har tilsidesatt eller overtrådt andre normer og regler så lenge de ikke kan dokumentere at dette ikke er tilfelle. Der hvor det foreligger brudd på konkrete saksbehandlingsregler som er utslag av kravet til etterprøvbarhet, eksempelvis protokoll- og begrunnelsesplikt, medfører det ikke uten videre at leverandørene *ikke* ville deltatt i konkurransen. Om oppdragsgiver unnlater å føre anskaffelsesprotokoll vil det være et klart brudd på kravet til etterprøvbarhet. Men det betyr ikke at feilen må ha hatt noen innvirkning på hvilken leverandør som fikk tilsagn på kontrakten eller hvilke leverandører som ble avvist. Likeledes, en dårlig begrunnelse medfører ikke nødvendigvis at det isolert sett er noe feil ved oppdragsgivers vurderinger eller beslutninger under anskaffelsesprosessen. Men dersom oppdragsgiveren har gitt dårlig begrunnelse eller unnlatt å føre protokoll, skal det likevel lite til før leverandøren ikke ville deltatt hvis han/hun visste at oppdragsgiveren ville bryte reglene. Om leverandøren derimot for eksempel hevder seg utsatt for forskjellsbehandling og oppdragsgiveren ikke kan dokumentere at så ikke var tilfelle, er det mer sannsynlig at leverandøren ikke ville deltatt i konkurransen dersom han/hun visste at det ville foreligge forskjellsbehandling sett med leverandørens øyne.

⁸⁹ Rt. 1997 s. 574 Firesafe-dommen

I begge tilfellene kan det herske usikkerhet om hvorvidt leverandøren ville deltatt i konkurransen. Men det er oppdragsgiver som i tilfelle må godtgjøre at leverandøren *ville* blitt med i konkurransen på tross av feilen, fordi bevistvil skal gå utover oppdragsgiveren. I Firesafe-dommen uttalte Høyesterett videre at det *”ikke bør stilles strenge beviskrav for at anbyderne ikke ville ha deltatt. En bevistvil bør i tilfelle gå ut over innbyderen”*⁹⁰. Uttalelsen viser at der retten er i tvil om leverandøren ville deltatt eller ikke, skal bevistvil gå ut over oppdragsgiveren. Det betyr at dersom ingen kan sannsynliggjøre om leverandøren ville eller ikke ville blitt med i konkurransen dersom han hadde kunnskap om feilene, skal bevistvilen gå i favør av saksøkende leverandør.

Synspunktet støttes av en lagmannsrettsdom fra 2009. Lagmannsretten behandlet spørsmålet om erstatning for den negative kontraktsinteressen og kom til at oppdragsgiver Råde kommunes prissetting av forbeholdet isolert sett var forsvarlig, men at saksøker NIPAS ikke hadde mulighet for å etterprøve oppdragsgivers vurdering. Begrunnelsen som ble gitt av kommunen til KOFA i ettertid viste seg å være ukorrekt. Lagmannsretten kom derfor til at kravet til etterprøvbarhet var brutt. NIPAS ble tilkjent erstatning for den negative kontraktsinteressen fordi en *”eventuell bevistvil bør gå utover innbyderen”*⁹¹. Det synes rimelig fordi deltakere i en anbudskonkurranse skal kunne stole på at oppdragsgiveren følger lover og regler.

3.4.2.2 Positiv kontraktsinteresse

Kompensasjon for den positive kontraktsinteressen innebærer at klageren skal stilles som om han hadde fått oppdraget. Dette vil følgelig utgjøre atskillig større økonomiske summer enn ved den negative kontraktsinteressen. Erstatning for den positive kontraktsinteressen har grunnlag i Nucleus-dommen.⁹² Man må ta utgangspunkt i de alminnelige vilkårene for

⁹⁰ Rt. 1997 s. 574 Firesafe-dommen

⁹¹ LB-2009-059797. Borgarting lagmannsrett

⁹² Jfr. Rt. 2001 s. 1062

erstatning. Men retten påpekte at det må stilles opp særskilte vilkår for å bli tilkjent erstatning for den positive kontraktsinteressen.⁹³

I første rekke kreves et strengere ansvarsgrunnlag om en leverandør skal tilkjennes erstatning for den positive kontraktsinteressen. I Nucleus-dommen fremgår det at det må kreves ”vesentlige feil” fra arbeidsgivers side. Ved vurderingen av om feilen er vesentlig fremholdes det at det vil det være av betydning hva slags feil det er snakk om, hvor mange feil, om det foreligger brudd på sentrale rettsregler og om oppdragsgiveren kan bebreides. I den konkrete dommen fant Høyesterett det godgjort at fylkeskommunen hadde gjort vesentlige feil under konkurransen ved flere brudd på likebehandling.

I Rt. 2008 s.1705 Rabattsaken hadde vegvesenet invitert leverandører til å inngi tilbud i to separate konkurranser om drift og vedlikehold av vei. Leverandøren med det nest billigste tilbudet, NCC, i konkurranse nr. 1 ville gi veivesenet 5% rabatt på prisen på tilbudet til kontrakt nr 2. dersom de vant begge kontraktene. Vegvesenet tildelte NCC begge kontraktene. Leverandøren med det opprinnelig billigste tilbudet i konkurranse nr 1 hevdet at det forelå saksbehandlingsfeil når oppdragsgiveren la vekt på rabatten ved tildelingen av kontrakten, og at feilen kvalifiserte til kompensasjon for den positive kontraktsinteressen. Høyesteretts flertall fant at det forelå brudd på kravet til forutberegnelighet og likebehandling, men at rettsvillfarelsen av om det forelå brudd på regelverket måtte ansees som unnskyldelig. De begrunnet det med at løsningen var tvilsom, at feilen ikke lå i kjerneområdet for kravet til forutberegnelighet, og at oppdragsgiver ikke kunne bebreides. Mindretallet, dommer Stabel, kom sågar til at det ikke forelå saksbehandlingsfeil når vegvesenet la vekt på rabattordningen. Det er opp til oppdragsgiveren selv å vurdere hvorvidt de ønsker én felles eller flere konkurranser, og det måtte være forutsigbart at noen leverandører ville inngi tilbud på begge kontraktene og kanskje gi rabatt.

⁹³ ”Etter mitt syn bør det derfor stillast opp nærare vilkår for at ein anbydar skal kunne krevje dekt den positive kontraktsinteressa” jfr. Rt. 2001 s. 1062

I forhold til vilkåret om årsakssammenheng fremgår det av Nucleus-dommen at det må det foreligge klar sannsynlighetsovervekt for at saksøkeren ville fått oppdraget dersom feilen(e) ikke var blitt begått. Vurderingstemaet ved spørsmål om positiv kontraktsinteresse er dermed om det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for at saksøkeren ville fått kontrakten dersom feilene ikke var begått. Vesentlig feil på regelverket er derved en nødvendig, men ikke tilstrekkelig forutsetning for ansvar for den positive kontraktsinteressen til en leverandør. Retten må finne at det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for at den saksøkende leverandøren virkelig ville fått kontrakten dersom regelbruddet ikke fant sted.

Det er vanskeligere å bevise hvilken leverandør som klart var den mest sannsynlige dersom oppdragsgiveren hadde overholdt kravet til etterprøvbarhet. For å tilkjenne erstatning må det foreligge klare holdepunkter for at den bestemte leverandøren ville blitt valgt. Det må dermed kreves sterkere beviskrav enn ellers for at det foreligger årsakssammenheng. Det er ikke tilstrekkelig at oppdragsgiver har brutt kravet til etterprøvbarhet. Retten må finne det bevist at den aktuelle leverandøren *ville* fått kontrakten dersom de aktuelle feilene var unngått. I den konkrete saken fant Høyesterett det godtgjort at det var klar sannsynlighetsovervekt for at Nucleus ville fått oppdraget dersom feilene ikke ble gjort. Nucleus fikk dermed erstatning for den positive kontraktsinteressen. Høyesterett har i flere senere saker henvist til vilkårene som er oppstilt i Nucleus-dommen og stadfestet muligheten for erstatning for den positive kontraktsinteressen.⁹⁴

Senere rettspraksis og praksis fra klagenemnda har bekreftet rettstilstanden etter Nucleus-dommen. I KOFA 2007/126 uttaler klagenemnda at ”[S]pørsmålet om vilkårene for positiv kontraktsinteresse er oppfylt, beror på en konkret vurdering av om det foreligger ansvarsgrunnlag, i form av vesentlige feil, og årsakssammenheng, i form av klar sannsynlighetsovervekt for at klager ville blitt tildelt kontrakt dersom feilene ikke hadde vært gjort”⁹⁵.

⁹⁴ Se bl.a. Rt. 2007 s. 983

⁹⁵ KOFA 2007/126 premiss 79

Dersom feilen består i brudd på konkrete saksbehandlingsregler som skulle sikre kravet til etterprøvbarhet direkte, synes det vanskelig å bevise at en bestemt leverandør ville fått kontrakten. Dersom oppdragsgiveren har unnlatt å føre anskaffelsesprotokoll under konkurransen og tildeler kontrakten til leverandør A, er det dermed ikke sagt at leverandør B med klar sannsynlighet ville fått kontrakten dersom oppdragsgiveren *hadde* ført anskaffelsesprotokoll. Ofte har nedtegnelse av protokoll ingen betydning for hvilken leverandør som faktisk blir valgt.

Om den vesentlige feilen angår spørsmål om brudd på andre regler kan det kanskje slå annerledes ut. Leverandør B hevder eksempelvis at oppdragsgiver ved tildelingen av kontakten til leverandør A brøt med kravet til likebehandling. Dersom oppdragsgiver ikke har noen dokumentasjon som viser hvorvidt det forelå brudd på likebehandling eller ikke, vil det være brudd på etterprøvbarhet som mer sannsynlig kan ha innvirket på hvilken leverandør som ble valgt. Men for å bli tilkjent den positive kontraktsinteressen kreves at leverandøren klart ville blitt valgt. Det må foreligge entydige objektive holdepunkter som viser at det er klar sannsynlighetsovervekt for at leverandør B virkelig var nummer to under vurderingen av tildelingskriteriene, eller den første av dem hvor feilen ikke forelå.

Erstatning for den positive kontraktsinteressen er mye mer tyngende for oppdragsgiver enn erstatning for den negative. Bevistvil om hvilken leverandør oppdragsgiveren ville valgt kan ikke gå ut over oppdragsgiveren i samme grad som ved spørsmål om erstatning for den negative kontraktsinteressen. Det er naturlig ut i fra erstatningens omfang. Også i alminnelig sivilprosess kan bevisvurderingen bli annerledes enn ved å gjøre bruk av overvektsprinsippet der det ene utfallet vil være vesentlig mer inngripende eller svært belastende. I slike tilfeller har rettspraksis vist at det kreves høyere grad av sannsynlighet for å legge et visst resultat til grunn⁹⁶. Det skal altså svært mye til før retten kan være sikker på at saksøkende leverandør ville fått kontrakten dersom feilene var unnlatt.

Et mulig problem når det gjelder synspunktene over er knyttet til at det er oppdragsgiverens generelle plikt å sikre at nedtegnelser faktisk skjer. Ved spørsmål om positiv

⁹⁶ Jfr bl.a. Rt. 1995 s. 1641 Torsdondommen

kontraktsinteresse er vurderingstemaet som nevnt om leverandøren ville fått kontrakten. Det er åpenbart i oppdragsgivers interesse at det finnes få objektive holdepunkter for at det ville vært tilfellet. Når det likevel blir tvist om det foreligger regelbrudd er det i leverandørens interesse at det foreligger dokumentasjon som viser at leverandøren omtrent hadde hatt et rettskrav på kontrakten dersom feilene ikke var blitt begått. Oppdragsgiveren har da ingen interesse i at dokumentene som kan vise at leverandøren faktisk ville blitt valgt, tillegges stor vekt. Det kan tale for at bevistvil også her må gå utover oppdragsgiveren. Imidlertid er ansvar for den positive kontraktsinteressen så tyngende at rettspraksis ikke synes å ha tillagt dette momentet avgjørende vekt.

4 Utslag av kravet til etterprøvbarhet

4.1 Protokollplikt

Oppdragsgivers plikt til å føre anskaffelsesprotokoll er et markant uttrykk for kravet til etterprøvbarhet. Ved alle anskaffelser over 100 000 kroner skal oppdragsgiver nedtegne de vurderinger og beslutninger som foretas under anskaffelsesprosessen i en anskaffelsesprotokoll jfr. anskaffelsesforskriften § 3-2. Protokollplikten ble innført for å overholde grunnkravet til etterprøvbare anskaffelser og blir ansett for å være et effektivt og lite tidkrevende tiltak.⁹⁷ Protokollplikten bidrar også til at vurderingene er tilgjengelige for kontroll i ettertid. Ved spørsmål om det foreligger kritikkverdige forhold kan tredjepersoner, leverandører eller oppdragsgiver selv gå tilbake for å se hvordan beslutningene ble tatt og hvilke forhold som ble avgjørende.

Protokollen skal først være offentlig tilgjengelig etter tildeling av kontrakt.⁹⁸ Fra det tidspunktet får leverandørene på en enkel og oversiktlig måte anledning til å se hvilke vurderinger som ligger til grunn for beslutningene. Dersom leverandørene er uenige med oppdragsgivers beslutning, har de rett til å klage inn forholdet til klagenemnda. Det kan da skje før kontrakt er signert og avtale er inngått.

I vedlegg- 3 og 4 til anskaffelsesforskriften er det fastsatt minimumskriterier for hva anskaffelsesprotokollen skal inneholde. For å påse at oppdragsgivere overholder plikten uten å bruke for mye tid, er protokollene i stor grad standardisert med skjema man kan laste ned fra internett.⁹⁹

⁹⁷ Ot.prp. nr 62 (2005-2006) s. 8

⁹⁸ Jfr. offentleglova § 23.

⁹⁹ Ot.prp. nr 62 (2005-2006) s. 8

4.1.1 Ønsket ytelse og ytelsens antatte verdi

I protokollen plikter oppdragsgivere å beskrive den ytelsen, varen eller tjenesten som ønskes anskaffet jfr. anskaffelsesforskriften § 3-2 2.ledd jfr. vedlegg nr 4 punkt 1.3. Man kan med det kontrollere om arbeidet eller varen oppdragsgiver har fått faktisk stemmer overens med det som ble etterspurt.

Oppdragsgiver skal også stipulere hvor mye ytelsen vil koste, og protokollføre antatt verdi jfr. anskaffelsesforskriften § 3-2 2.ledd jfr. vedleggets 1.4. Begrunnelsen for det er at ytelsens verdi vil være avgjørende for hvilken del av forskriften som får anvendelse.¹⁰⁰ Beregning av anskaffelsesverdi skal foreligge på kunngjøringstidspunktet eller på det tidspunkt oppdragsgiver starter med å innhente tilbud.¹⁰¹ Ved å protokollføre verdien av ytelsen kan man i ettertid kontrollere at oppdragsgiveren faktisk fulgte riktige saksbehandlingsprosedyrer. En annen betydning av plikten gjelder i de tilfellene hvor kontraktens opprinnelige og protokollførte verdi skiller seg fra det arbeidet som viser seg nødvendig. Ved stor diskrepans mellom verdien beskrevet i den opprinnelige kontrakten og verdien på det nødvendige arbeidet, kan det bli aktuelt å kontrollere selve anskaffelsesprosessen for å se om reglene ble fulgt, og om det forelå en forsvarlig planlegging av anskaffelsen i forkant av utlysning av konkurransen.

4.1.2 Prosedyrer som krever særskilt begrunnelse

4.1.2.1 Tilfeller hvor oppdragsgiver gjennomfører innkjøp uten kunngjort konkurranse

Den klare hovedregel er at oppdragsgiver må basere innkjøpene på kunngjort konkurranse. Kravet til konkurranse gjelder imidlertid "bare så langt det er mulig".¹⁰² Men oppdragsgiver kan kun fravike hovedregelen om kunngjort konkurranse etter særlig

¹⁰⁰ Jfr. FOA § 2-1 og 2-2. For ytelser over 500 000 kroner, men under terskelverdien i EØS vil forskriftens del 2 anvendes, mens det ved verdier over terskelverdiene er forskriftens del 3 som får anvendelse.

¹⁰¹ Jfr FOA § 2-3 3.ledd

¹⁰² Jfr. anskaffelsesloven § 5 og anskaffelsesforskriften § 3-2

hjemmel i anskaffelseslovverket. På visse vilkår er det tillatt å foreta anskaffelse ved såkalt direkte anskaffelse. Det vil si at oppdragsgiver foretar anskaffelsen uten å utlyse ordinær konkurranse.

Forskriften § 14-4 åpner for fravikelse av saksbehandlingsreglene i forskriftens del 3 i flere tilfeller. Eksempelvis der kun én leverandør kan levere varen, uforutsette omstendigheter inntreffer, eller anskaffelsen kan skje på særdeles fordelaktige vilkår.¹⁰³ I slike tilfeller trenger ikke oppdragsgiveren å avholde konkurranse og følge saksbehandlingsreglene i forskriftens del 3.¹⁰⁴ Slike alternative prosedyrer må likevel overholde de grunnleggende kravene i anskaffelsesforskriften § 3-1 og særlig relevant i denne sammenheng; kravet til etterprøvbarhet.

I EF-domstolens praksis er det utledet strengt krav til dokumentasjon ved direkte anskaffelser.¹⁰⁵ Oppdragsgiver må kunne vise at det foreligger dokumentasjon i forkant av en anskaffelse som viser på hvilken måte vilkårene for direkte anskaffelse er oppfylt. Kan ikke oppdragsgiver fremlegge slik dokumentasjon vil anskaffelsen uansett være en ulovlig direkte anskaffelse. Kravet fra fellesskapsretten er fulgt opp i praksis fra klagenemnda. I KOFA 2004/45 hadde innklagede foretatt en direkte anskaffelse ved kun å henvende seg til én leverandør. En annen leverandør klaget saken inn for klagenemnda og anførte at oppdragsgiver hadde brutt regelverket ved den direkte anskaffelsen. Klagenemnda kom til at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse fordi oppdragsgiver ikke hadde ”dokumentert at det ikke finnes andre leverandører som har eller vil kunne utvikle produkter eller konsepter som kan dekke oppdragsgivers behov like godt”¹⁰⁶. Det var altså opp til oppdragsgiver å dokumentere at vilkåret var oppfylt. I samme retning falt uttalelsene til klagenemnda i sak 2004/309. Oppdragsgiver hadde ikke sannsynliggjort at vilkårene for å gjennomføre konkurransen som hasteprosedyre var oppfylt, og det forelå dermed en ulovlig direkte anskaffelse.

¹⁰³ Jfr. anskaffelsesforskriften § 14-4 1.ledd c, § 14-4 1.ledd d og § 14-4 1.ledd h

¹⁰⁴ Oppdragsgiver må uansett gjennomføre konkurransen med forhandling jfr. forskriftens § 14-4

¹⁰⁵ Jfr. Bl.a. EF-domstolens avgjørelse C 57/94 angående direkte anskaffelse ved tidspress/uforutsette omstendigheter, og C 199/85 angående monopolsituasjon.

¹⁰⁶ KOFA sak 2004/45 i premiss 21

Avgjørelsene viser at det pålegges oppdragsgiver et strengt dokumentasjonskrav. Hvis oppdragsgiveren ikke kan fremlegge dokumentasjon som viser at vilkårene for direkte anskaffelse er oppfylt, vil anskaffelsen uansett være en direkte ulovlig anskaffelse.

4.1.2.2 Hva skal oppdragsgiver protokollføre?

Vedlegget punkt 1.5 i anskaffelsesforskriften fastsetter at dersom oppdragsgiver følger prosedyrer som krever ”særskilt begrunnelse”, skal dette nedtegnes i protokollen. Ordlyden tilsier at dette vil gjelde alle de tilfellene der oppdragsgiver velger prosedyrer som må grunngis. Lovgiver har gitt leverandøren fleksibilitet til å benytte andre saksbehandlingsregler såfremt oppdragsgiver oppfyller vilkårene for dette.

Om vilkårene for unntakene i anskaffelsesforskriften § 14-4 foreligger og oppdragsgiveren velger å følge unntakene, skal dette nedtegnes i anskaffelsesprotokollen. Oppdragsgiver må dokumentere hvilke ”forhold” som foreligger for at man etter del 3 likevel skal følge reglene i del 1 og ikke i del 3 i tillegg. Ordlyden taler for at oppdragsgiver må beskrive de faktiske forholdene som gjør alternative prosedyrer ønskelige eller nødvendige.

For at klageorgan eller leverandører kan vurdere om oppdragsgiver var i sin rett til å benytte eksempelvis den såkalte hasteparagrafen i § 14-4 1.ledd d, må både de faktiske forholdene og på hvilken måte vilkårene er oppfylt være nedskrevet i protokollen.

Forskriftens del 3 inneholder detaljerte regler. Reglene er omstendelige og ressurskrevende for den som må følge dem. Det er billigere og mer tidseffektivt å foreta innkjøpet uten kunngjort konkurranse. Men det åpner samtidig lettere for krenkelse av de andre grunnkravene, blant annet likebehandling. Det er vanskeligere for leverandørene eller kontrollorganer å fange opp regelbrudd dersom oppdragsgiveren foretar anskaffelsen uten konkurranse. Derfor er det svært viktig at oppdragsgiveren protokollfører forholdene som kvalifiserer for alternative prosedyrer i anskaffelsesforskriften § 14-4

4.1.3 Kvalifikasjonsfasen

4.1.3.1 Kvalifikasjonsvurderingen

I kvalifikasjonsfasen vurderer oppdragsgiver om de ulike leverandørene tilfredsstillende nærmeres spesifiserte krav knyttet til evnen til å oppfylle kontrakten. Det er bare leverandører som er kvalifisert som får sine tilbud vurdert i konkurransen jfr. anskaffelsesforskriften § 17-4.¹⁰⁷ Det er leverandørenes generelle egnethet til den type oppdrag som vurderes jfr ”egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene”¹⁰⁸. Ordlyden tilsier at det kun kan stilles krav som har sammenheng med den ytelsen oppdragsgiveren ønsker og som er relevante i forhold til den.

For leverandørene vil kvalifikasjonskravene enten være oppfylt eller ikke. Det fordrer at kravene er utformet såpass presist at potensielle leverandører er innforstått med hva oppdragsgiveren vil legge vekt på, og at leverandørene derved får vurdert om de har mulighet til å oppfylle dem. Kvalifikasjonskravene må være så konkrete at vurderingen ikke gir oppdragsgiveren for stor grad av fritt skjønn. Ved for vage eller upresise kvalifikasjonskrav vil oppdragsgiveren i praksis kunne vurdere leverandørenes egnethet nesten fritt. Det øker faren for at oppdragsgiveren forskjellsbehandler eller baserer avgjørelsene på utenforliggende hensyn.

4.1.3.2 Hva skal nedtegnes i anskaffelsesprotokollen?

Etter anskaffelsesforskriften § 3-2 jfr. vedleggets punkt 1.6 skal oppdragsgiveren alltid nedtegne hvilke leverandører som ønsker å delta i anbudskonkurransen. Videre skal oppdragsgiver dokumentere hvilke leverandører som ble valgt ut til å delta og grunnen for dette. Samtlige leverandører kan da kontrollere hvilke andre leverandører som ble valgt ut til å delta i konkurransen og vurdere hvordan oppdragsgiver har begrunnet utvelgelsen.

¹⁰⁷ NOU 1997:21 s. 83

¹⁰⁸ Jfr. FOA § 17-4 2.ledd.

Gjenværende leverandører, avviste leverandører og tredjepersoner kan da etterprøve hvilke leverandører som tilfredsstilte kvalifikasjonskravene og hvorfor.

4.1.4 Skatte – og avgiftsrestanser

4.1.4.1 Vurdering av videre deltakelse på tross av påviste restanser

Etter anskaffelsesforskriften § 17-4 skal alle leverandører levere skatteattest til oppdragsgiver. Formålet med kravet er etter forarbeidene å beskytte oppdragsgiverne fra leverandører som opererer i strid med norsk lovgivning.¹⁰⁹ Dersom skatteattest ikke leveres, er rettsvirkningen at oppdragsgiver har plikt til å avvise leverandøren.¹¹⁰

Avvisningsgrunnene i anskaffelsesforskriftene § 20-12 og § 20-13 regulerer ikke at en leverandør med skatte- eller avgiftsrestanser automatisk skal avvises fra videre konkurranse så lenge leverandøren har levert dokumentasjon, og den ikke er grovt feilaktig eller misvisende. Etter forarbeidene skal oppdragsgiver foreta en helhetsvurdering av om leverandører med restanser skal avvises eller ikke. *”Dagens system innebærer at skatteattester som viser restanser ikke automatisk skal føre til avvisning av anbudet/tilbudet, men det beror på en konkret, saklig helhetsvurdering hvorvidt anbudet/tilbudet skal avvises”*¹¹¹. Forarbeidenes uttalelse tyder på at en restanse kan få betydning i to situasjoner. For det første kan oppdragsgiveren vurdere om restansen i seg selv utgjør avvisningsgrunn. For det andre kan restansen tas med i vurderingen av generelle egnethet i forhold til leverandørens økonomiske og finansielle stilling.¹¹² Forarbeidene fremholder at det ansees viktig å gi føringer på hvordan vurderingen skal foregå for å unngå usaklige avgjørelser.¹¹³

¹⁰⁹ NOU 1997:21 s. 39

¹¹⁰ Jfr. FOA § 20-12 1.ledd litra b. Leverandøren skal imidlertid først få en tilleggsfrist for å levere dokumentene.

¹¹¹ NOU 1997:21 s. 41-42

¹¹² NOU 1997:21 s. 42

¹¹³ NOU 1997:21 s. 42

Ved en konkret skjønnsmessig helhetsvurdering i saker som gjelder en leverandørs skatte- og avgiftsrestanser er det viktig at oppdragsgiveren tilfredsstiller kravene til likebehandling, forutberegnelighet og gjennomsiktighet. Oppdragsgiveren må først og fremst vurdere leverandørene på samme måte. Har to leverandører like store restanser, men forskjell i økonomisk stabilitet kan det være både forsvarlig og tilfredsstillende kravet til likebehandling at den ene får fortsette i konkurransen og den andre avvist. Det viktige vil være at vurderingen er basert på like kriterier og innebære reell likebehandling.

4.1.4.2 Hva skal protokollføres?

Situasjonen som skal protokollføres er der leverandøren *har* levert skatteattest og denne viser at vedkommende har skatte- eller avgiftsrestanser, men hvor oppdragsgiveren likevel tillater videre deltakelse. Etter vedlegg 4 punkt 1.7 skal oppdragsgiver protokollføre hvorfor en leverandør med skatte- eller avgiftsrestanser likevel får delta i konkurransen.

Når oppdragsgivere skal vurdere forholdet konkret vil det være svært viktig at de dokumenterer hvordan vurderingen er foretatt. Forarbeidene peker på at skjønn lettere åpner for usaklige eller uriktige avgjørelser.¹¹⁴ Oppdragsgiver må derfor dokumentere avgjørelsen om fortsatt deltakelse slik at andre med restanser og øvrige leverandører i konkurransen kan følge oppdragsgivers vurdering. Med én gang oppdragsgiveren må foreta en konkret vurdering øker faren for at saksbehandlingen ikke blir forsvarlig. Oppdragsgiveren må ved vurderingen ikke la seg styre av utenforliggende hensyn, men forholde seg profesjonelt og nøytralt. Manglende dokumentasjon vil innebære at bevisvilen om vurderingen er foretatt forsvarlig, pålegges oppdragsgiveren.

4.1.5 Avvisning av leverandører

Regelverket for offentlige anskaffelser fastsetter at oppdragsgiveren først skal vurdere tilbudene og så tildele kontrakten ”etter at” han/hun har vurdert hvorvidt noen av

¹¹⁴ NOU 1997:21 s. 42

leverandørene skal avvises etter anskaffelsesforskriften § 20-1 1.ledd. Avvisningsgrunner knytter seg både til forhold ved leverandøren selv, og til forhold ved det konkrete tilbudet. Avvisningsreglene deler inn tilfeller hvor oppdragsgiver etter lovens ordlyd har plikt til å avvise jfr. ”skal” i § 20-12 1.ledd og § 20-13 1.ledd, og der oppdragsgiveren kan avvise leverandører dersom oppdragsgiver mener det er berettiget jfr. ”kan” i § 20-12 2.ledd og § 20-13 2.ledd.

I tilfeller hvor oppdragsgiveren *kan* avvise leverandørene er det i utgangspunktet opp til oppdragsgiveren selv å bestemme om dette skal skje eller ikke.¹¹⁵ Men dersom en leverandør avvises skal alle andre med samme feil også avvises. Dersom dette ikke skjer, vil det være brudd på likebehandlingsprinsippet. Poenget i denne sammenheng er at oppdragsgiver må kunne godtgjøre dokumentasjon som viser hvilke av avvisningshjemlene som benyttes, og på hvilken måte vilkårene er oppfylt.

4.1.5.1 Hvor god må begrunnelsen ved avvisning være?

Anskaffelsesforskriften § 20-16 2. ledd litra a og c, regulerer hvor inngående begrunnelsen ved avvisningen skal være. Etter ordlyden skal oppdragsgiver gi avviste leverandører en ”kort begrunnelse”.

Spørsmålet er hvilke innholdskrav som gjelder med ordlyden kort begrunnelse. KOFA sak 2009/143 kan være illustrerende. Begrunnelsen som oppdragsgiver i denne saken ga leverandørene som avvisning fra videre fortsettelse i konkurransen lød ”*[h]vem som er valgt og hvem som har fått sin søknad om deltagelse avslått fremgår av anskaffelsesprotokollen, som blir tilgjengelig for offentligheten når konkurransen er avsluttet*”. Klagenemnda kom til at det forelå brudd på begrunnelsesplikten og uttalte at selv om forskriften kun stiller krav om en kort begrunnelse, må det opplyses om avvisningsgrunnen. Det ble videre uttalt at når begrunnelsen ikke viste til ”*hvilke faktiske*

¹¹⁵ FAD Veileder 2006 s. 154

forhold som har innvirket på avgjørelsen, utover at det er vist til kriteriene i kvalifikasjonsgrunnlaget” var det brudd på begrunnelsesplikten.

Formålet med begrunnelsen er å gi leverandøren mulighet til å vurdere om han/hun ønsker å påklage avvisningen. Begrunnelsen må være god nok til at leverandøren kan se om vurderingen er dekkende. Samtidig skal den ikke være for omfattende fordi det vil øke oppdragsgiverens arbeidsmengde. Men en leverandør som mener at begrunnelsen er for dårlig kan fremdeles be om en nærmere og mer utfyllende begrunnelse.¹¹⁶ Leverandøren gis mulighet til å vurdere om han/hun ønsker å påklage avvisningen, og dersom avvisningen blir omgjort, må han/hun gis mulighet til å ta nødvendige skritt for fortsatt å kunne delta i konkurransen.¹¹⁷ Det må være tilstrekkelig å vise til hjemmelen for avvisning, hvilke faktiske forhold ved leverandøren som tilfredsstiller vilkårene for avvisning, eller hvilke forhold hos de valgte leverandørene som medførte at de ble valgt.¹¹⁸

Et spørsmål er om det kan stilles strengere krav til begrunnelsen der oppdragsgiver velger å avvise på tross av at dette *ikke* er påkrevd. Der oppdragsgiveren velger å avvise etter den skjønnsmessige adgangen vil det være enda viktigere for leverandørene å få en god begrunnelse. Hensynet til en gjennomiktig og etterprøvbar anskaffelsesprosess tilsier at oppdragsgiver må begrunne bedre i slike tilfeller der oppdragsgiver velger å avvise selv om det ikke nødvendigvis foreligger en plikt til det.

4.1.5.2 Hva må protokollføres?

Etter anskaffelsesforskriftens § 3-2 jfr. vedlegg punkt 1.8 skal oppdragsgiveren protokollføre hvilke leverandører som eventuelt blir avvist og grunnen til dette. I henhold til vedlegget skal oppdragsgiver protokollføre avviste leverandører. Dersom ingen av leverandørene blir avvist vil det naturlig nok heller ikke være nødvendig å protokollføre forholdet.

¹¹⁶ Jfr. Anskaffelsesforskriften § 20-16 4.ledd. se punkt 4.3

¹¹⁷ FAD Veileder 2006 s. 204

¹¹⁸ Det er siden gjort gjentatt i uttalelser fra KOFA. Se bl.a sak 2009/143 i premiss 20

Samtlige leverandører som blir avvist skal så snart som mulig få en kort begrunnelse for etter anskaffelsesforskriften § 20-16 2.ledd. I protokollen skal navn på samtlige avviste leverandører og grunnen til avvisningen nedtegnes. Men avviste leverandører får ikke se om enda flere leverandører skulle blitt avvist etter samme avvisningshjemmel, eller etter andre avvisningshjemler. Det er først når protokollføringen blir offentliggjort at leverandørene og tredjepersoner kan sammenligne hvilke leverandører som ble avvist og hvorfor. Avviste leverandører, gjenværende og utenforstående tredjepersoner kan da vurdere om andre leverandører også skulle blitt avvist.

4.1.6 Unormalt lave tilbud

4.1.6.1 Når foreligger et unormalt lavt tilbud?

Oppdragsgiver kan avvise en leverandør dersom tilbudet virker unormalt lavt i forhold til ytelsen etter anskaffelsesforskriften § 20-13 2.ledd c jfr. § 20-14. Etter klagenemndas praksis fremgår det at avvisning kan skje der tilbudsprisen medfører en risiko for at ytelsen har dårligere kvalitet, eller leverandøren ikke kan utføre kontraktsforpliktelsene på en tilfredsstillende måte.¹¹⁹ Utgangspunktet er at lav pris ikke kvalifiserer for avvisning, men snarere tvert imot. Regelverket skal stimulere til konkurransedyktig og innovativt næringsliv og et konkurransefortrinn på pris ansees som gunstig og er ikke et forhold som i utgangspunktet kvalifiserer for avvisning av leverandøren. I KOFA 2005/57 hadde klager levert et tilbud som oppdragsgiver valgte å avvise fordi det virket unormalt lavt. Klagenemnda kom til at oppdragsgiver hadde avvist tilbudet urettmessig fordi innklagede ikke hadde godtgjort at den lave prisen faktisk utgjorde en risiko ved gjennomføringen av kontrakten.¹²⁰ Når de ikke kunne gi en dokumenterbar begrunnelse for at prisen ville medføre risiko forbundet med leverandørens utførelse, gikk bevisvilen ut over oppdragsgiver.

¹¹⁹ Se bl.a. KOFA 2005/57 i premiss 28

¹²⁰ KOFA 2005/57 i premiss 29

Det er oppdragsgiver som må dokumentere at han/hun mener den lave prisen utgjør en fare for oppdragets utførelse eller kvalitet. I forskriften er det krav om at oppdragsgiveren kun kan avvise etter at leverandøren har fått anledning til å forklare den lave prisen, og oppdragsgiveren har etterprøvd dette.¹²¹

4.1.6.2 Hva skal protokollføres?

Etter anskaffelsesforskriftens § 3-2 2.ledd jfr. vedlegg nr. 4 punkt 1.10 skal oppdragsgiver protokollføre begrunnelsen for at en leverandør er avvist på grunn av unormalt lavt tilbud.

Oppdragsgiver må dokumentere ”grunnen”. Oppdragsgiver må da beskrive hvilke forhold som kan utgjøre en risiko for at leverandøren ikke kan oppfylle kontraktsforpliktelsene. Det samsvarer med klagenemndas praksis som viser at det er oppdragsgiver som må godtgjøre at det faktisk foreligger risiko for dårlig oppfyllelse.¹²²

4.1.7 Avlysning av konkurransen

4.1.7.1 Når kan oppdragsgiver avlyse konkurransen?

Oppdragsgiver kan avlyse konkurransen etter anskaffelsesforskriftens § 22-1 dersom det foreligger ”saklig grunn”. Ordlyden tilsier at avlysning kan skje der oppdragsgiver kan vise til et relevant behov for avlysningen. Hvis for eksempel markedssvingninger innebærer negative forandringer i oppdragsgivers økonomi, vil det kanskje ikke lenger være aktuelt med nyanskaffelser. Det kan også være at nye reguleringer i lov gjør det nødvendig med forandringer i ønsket ytelse. Da kan det bli aktuelt at oppdragsgiver må endre konkurransegrunnlaget vesentlig. I slike tilfeller plikter oppdragsgiver å avlyse og avholde ny konkurranse. Det kan også være tilfeller hvor leverandør er valgt, men hvor

¹²¹ Jfr FOA § 20-14 1.ledd og 3. ledd

¹²² KOFA 2005/57

oppdragsgiver trenger utvidelse til større tilleggsytelser, noe som i realiteten betyr at det må avholdes ny konkurranse.

4.1.7.2 Begrunnelsesplikten ved avlysning av konkurransen

Oppdragsgiver plikter å begrunne avlysningen til samtlige leverandører som er med i konkurransen etter anskaffelsesforskriften § 20-16 2.ledd litra d. Begrunnelsen skal meddeles samtidig til samtlige deltakere og gjøre dem i stand til å forstå hvilke forhold på oppdragsgivers side som tilfredsstiller vilkåret om saklig grunn. Dersom oppdragsgiver ikke kan gi god nok begrunnelse eller dokumentasjon på at vilkåret er oppfylt, vil det medføre brudd på etterprøvbarhet i forhold til leverandørene. I KOFA 2003/216 sto tvisten mellom oppdragsgiver, Avfallsbehandling Tromsø KF, og leverandør, Bioplan Hardanger A/S, om levering av løsning for avfallssortering. Etter innlevering av tilbud fant Tromsø KF at de måtte avklare tilbudene med de to tilbyderne. Etter denne avklaringen avlyste Tromsø KF konkurransen fordi de anså at det var behov for å endre konkurransegrunnlaget. De kunngjorde ny konkurranse med i all hovedsak like tildelingskriterier. Bioplan hevdet at avlysningen ikke var saklig fordi Tromsø KF i brev erkjente at begge tilbyderne tilfredsstilte kravene i konkurransegrunnlaget. Tromsø KF anførte til det at det også var andre mangler ved tilbudene enn de som ble avklart. Klagenemnda kom til at oppdragsgiver hadde foretatt en usaklig avlysning av konkurransen fordi oppdragsgiver *”ikke har kunnet redegjøre for hvilken dokumentasjon som har vært etterspurt, eller gi noen rimelig forklaring på den fremgangsmåte som er valgt”*. Oppdragsgiver måtte ha dokumentert at det forelå andre mangler ved tilbudene som nødvendiggjorde avlysning og ny konkurranse. Det var derfor ikke en saklig avlysning av konkurransen.

4.1.7.3 Hva skal protokollføres?

Oppdragsgiver plikter å protokollføre ”årsaken” som nødvendiggjør avlysning jfr. anskaffelsesforskriften § 3-2 2.ledd jfr vedlegg nr 4 punkt 1.11

Oppdragsgiver trenger etter ordlyden ikke gi noen begrunnelse for hvorfor han/hun velger å avlyse konkurransen. Det er tilstrekkelig å protokollføre hvilke faktisk forhold som ligger til grunn for avlysningen. Men dersom oppdragsgiver ikke kan vise til slik dokumentasjon vil det innebære et brudd på protokollplikten, og dermed etterprøvbareheten.

4.1.8 Uoppfordret begrunnelsesplikt

4.1.8.1 Tildeling av kontrakt

Etter at tilbudene er åpnet og oppdragsgiver har vurdert hvilke leverandører som må avvises, skal oppdragsgiver evaluere tilbudene etter tildelingskriteriene fastsatt i konkurransegrunnlaget. Anskaffelsesforskriften § 22-2 viser til at tildelingen enten skal skje etter kriteriet ”lavest pris” eller etter det ”økonomisk mest fordelaktige tilbudet”. Hvilket av hovedkriteriene oppdragsgiver skal evaluere tilbudene ut i fra er på forhånd fastsatt i konkurransegrunnlaget eller kunngjøringen. Oppdragsgiver skal sammenligne tildelingskriteriene med de mottatte tilbudene og finne det tilbudet som samlet sett ansees å være det beste for oppdragsgiveren. Det er viktig at tildelingskriteriene er presist angitt slik at oppdragsgiveren i praksis ikke har fritt skjønn, og at leverandørene er i stand til å vurdere om oppdragsgiveren foretar en forsvarlig sammenligning. Ifølge EF domstolen, og gjentatt ved uttalelser i KOFA skal tildelingskriteriene være slik at alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører skal ha mulighet til å forstå kriteriene på samme måte.¹²³

4.1.8.2 Innhold i begrunnelsesplikten

Etter anskaffelsesforskriften § 3-2 2.ledd jfr. vedleggets punkt 1.12 skal oppdragsgiver protokollføre hvilken leverandør som fikk tilsagn på kontrakten og begrunnelsen for valget.

¹²³ Bl. a. KOFA 2008/214 i premiss 52

Denne begrunnelsen leverer oppdragsgiver også til samtlige leverandører. Begrunnelsen for valgte leverandør vil være lik til samtlige leverandører, og oppdragsgiver skal nedtegne den samme begrunnelsen i protokollen.

Begrunnelsen for valg av leverandør må tilfredsstille kravene til oppdragsgivers begrunnelsesplikt etter anskaffelsesforskriften § 20-16 1.ledd. Det skal utarbeides en begrunnelse som gir leverandørene mulighet til å vurdere om oppdragsgivers valg av leverandør var ”saklig og forsvarlig”.

Ordlyden må her som ellers vurderes i lys av bestemmelsens formål.¹²⁴ Leverandørene skal kunne vurdere om tildelingen var i samsvar med regelverk og prinsipper. Det fordrer videre at oppdragsgiveren kan vise til at de vurderinger som ble foretatt var forsvarlige.

Lagmannsretten og klagenemnda har sågar uttalt at begrunnelsen bare er god nok dersom den gir ”*anbyderen mulighet til å vurdere om det er grunnlag for klage*”¹²⁵. Leverandørene må kunne forstå hvorfor det valgte tilbudet ble valgt. Det er av vesentlig betydning for gjennomføring av korrekt prosedyre at de leverandørene som ikke blir antatt får mulighet til å etterprøve om det valget oppdragsgiveren har gjort er i samsvar med regelverket. Når oppdragsgiverne må begrunne hvordan og hvorfor beslutningen ble fattet, bidrar det til at de må etterprøve sin egen beslutning grundig, og det vil da være lettere for leverandørene å vurdere om anskaffelsen er skjedd i tråd med regelverket. Det gir også klageorgan eller domstol mulighet til å prøve hvorvidt tildelingen av kontrakten er rettmessig.

Et annet formål med begrunnelsesplikten er at den er ansett som et effektivt virkemiddel for å bidra til en gjennomsiktig anskaffelsesprosess¹²⁶. Begrunnelsen må inneholde tilstrekkelig informasjon til at leverandørene kan vurdere om tildelingen var basert på saklighet og forsvarlighet, og korrekt grunnlag i lys av tildelingskriteriene¹²⁷.

Oppdragsgiver må begrunne hvordan tildelingskriteriene er vurdert og hvorfor det valgte tilbudet ble vurdert som best. ”*At innklagede i ettertid har gitt en presentasjon (basert på*

¹²⁴ Jfr. Bl.a. KOFA 2008/214 i premiss 57

¹²⁵ LE-2005-183161 Eidsivagting lagmannsrett – kjennelse i KOFA 2008/214 i premiss 57

¹²⁶ NOU 1997:21 s.16

¹²⁷ KOFA 2007/126 Premiss 68 samt FAD Veileder, 2006 s 204

hva saksbehandler har opplyst) i tilsvaret til klagenemnda på hvordan kriteriet kompetanse er evaluert, kan ikke reparere det forhold at tilbudsevalueringen er mangelfullt dokumentert i sakens dokumenter”¹²⁸.

4.2 Andre forhold som bør protokollføres?

4.2.1 Generelt

I anskaffelsesforskriften § 3-2 2.ledd og vedlegg nr.4 punkt 1.14 gjentas det at “ andre vesentlige forhold og viktige beslutninger” skal nedtegnes i protokollen dersom det ansees som relevant. Dette er en generell henvisning som skal plukke opp de tilfellene hvor minimumskravene ikke fasetter protokollplikt for oppdragsgiver. Vurderingen av om forholdet eller vurderingen skal protokollføres må derfor i så fall skje på bakgrunn av vurderingen av hva som ligger i “ andre vesentlige forhold og viktige beslutninger”.

Protokollplikten omfatter for det første ”vesentlige forhold”. Et forhold må bety et konkret faktum, kjensgjerning eller en bestemt opplysning som foreligger ved konkurransen. Det kan eksempelvis være opplysninger om at en av leverandørene kanskje har et konkurransefortrinn. Men det er ikke tilstrekkelig at det foreligger et slikt forhold. Det må være selvsagt at ikke alle forhold inngår, men kun dersom de ansees som vesentlige. Det synes naturlig at forhold lettere vil være vesentlige dersom de angår de grunnleggende kravene i forskriftens § 3-1, eller andre grunnleggende prinsipper innen alminnelig forvaltningsrett. Hvis for eksempel oppdragsgiveren blir gjort oppmerksom på at det foreligger forhold som kan medføre forskjellsbehandling av leverandørene, vil det etter omstendighetene være et vesentlig forhold. Det kan være dersom oppdragsgiveren får en aktivitetsplikt til å utjevne fordeler én leverandør har i forhold til en annen leverandør. I KOFA 2009/90 uttalte klagenemnda at oppdragsgiveren i visse tilfeller kunne få en plikt til dette. Men at en eventuell aktivitetsplikt må vurderes ut i fra en konkret vurdering ved en avveining mellom oppdragsgivers omkostninger og ressursbruk ved utjevning, betydningen

¹²⁸ KOFA 2007/126 premiss 69

av fordelene og at utjevning i så fall ikke griper inn i eksisterende leverandørs rettigheter.¹²⁹ En slik vurdering vil være et vesentlig forhold.

Det andre alternative vilkåret gjelder der oppdragsgiver har tatt en ”viktig beslutning”. Ordlyden tilsier at det må gjelde beslutninger som kan ha betydning for tildelingen, eller konkurranseforholdet mellom leverandørene. En viktig beslutning vil for eksempel foreligge dersom oppdragsgiveren vurderer om noen i egne rekker er inhabile og beslutter at så ikke er tilfellet. Det er en beslutning som etter omstendighetene må sies å være viktig for konkurransen og forholdet mellom leverandørene.

Det er imidlertid kun forhold og beslutninger som ”er av betydning for konkurransen” som inngår i vedleggets punkt 1.14. Ordlyden tilsier at det er alle de forhold og beslutninger som reelt har hatt betydning for hvilken leverandør som til slutt ble valgt som inngår.

Spørsmålet er om det er oppdragsgiver selv som kan avgjøre hvilke forhold og beslutninger som rent faktisk er av betydning for konkurransen, eller om vilkåret også er oppfylt dersom forholdet potensielt antas å ha hatt betydning - selv om oppdragsgiver hevder at så ikke er tilfellet. Protokollplikten er som nevnt et konkret utslag av kravet til etterprøvbare anskaffelsesprosesser. Kravet sikres best når viktige forhold eller vesentlige beslutninger som potensielt kan ha betydning for konkurransen protokollføres. Det gir bedre muligheter for kontroll i ettertid at oppdragsgiveren *ikke* kan unnlate å nedtegne beslutninger fordi de vurderes til å være ubetydelige for konkurransen. En slik tolkning av ordlyden vil også være gunstig for oppdragsgiveren ved tvist. Det kan hende at forholdet eller beslutningen reelt sett ikke har hatt betydning, men dersom oppdragsgiveren ikke kan vise til relevant dokumentasjon, vil en eventuell bevisvillighet gå ut over oppdragsgiver selv.

Illustrerende er KOFA sak 2009/143. Oppdragsgiver, Gran kommune, hadde ved prekvalifiseringen ikke tatt hensyn til klagers tidligere referanser, men derimot lagt vekt på egne erfaringer med valgte leverandør, uten at dette ble dokumentert. Oppdragsgiver hevdet at klagers tidligere referanser ikke ble vurdert fordi de uansett ikke var av betydning

¹²⁹ KOFA sak 2009/90 i premiss 23

for konkurransen ”fordi innklagede ikke kunne se ”*hvordan uttalelse fra en person vi ikke kjenner, om et foretak vi ikke kjenner, skulle kunne tillegges større vekt enn vår egen vurdering av foretak vi kjenner til*”¹³⁰. Klagenemnda kom til at oppdragsgiver hadde brutt kravet til etterprøvbarhet fordi de erfaringene som oppdragsgiver la vekt på ikke var dokumentert, og derfor heller ikke etterprøvbare. Det var også brudd på kravet likebehandling og etterprøvbarhet når klager ikke hadde fått fremlegge egne referanser fordi kommunen mente at de uansett ikke var av betydning for konkurransen.

4.2.2 Vurdering av habilitet

Innen forvaltningsretten generelt stilles det krav om at forvaltningen må opptre med god forvaltningsskikk. Avgjørelser skal ikke treffes på bakgrunn av utenforliggende hensyn. For å sikre tilliten til at anskaffelsene skjer på riktig måte er det viktig at beslutningstakere som kan ha en særlig interesse i kontraktstildelingen hverken tilrettelegger grunnlaget for - eller treffer avgjørelsen om - tildeling av kontrakt.

Reglene om inhabilitet ved anskaffelser følger generelle alminnelige retningslinjer oppstilt innen forvaltningsretten, jfr. anskaffelsesforskriften § 3-7 som viser til forvaltningsloven § 6.¹³¹ Det betyr at en offentlig tjenestemann hverken kan tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse eller være med på å treffe avgjørelsen dersom han/hun omfattes av de absolutte inhabilitetsgrunnene i forvaltningslovens § 6 1.ledd eller det foreligger særegne forhold som er egnet til å svekke tilliten til hans/hennes habilitet jfr forvaltningslovens § 6 2. ledd.¹³² Inhabilitet kan dermed foreligge ved beslutningstakeren, saksbehandleren, rådgivere eller konsulenter uavhengig av om vedkommende er fast ansatt hos oppdragsgiveren.¹³³ Det er ikke avgjørende hvorvidt noen rent faktisk er inhabil, men om rolleblandingens objektivt sett er egnet til å svekke tilliten til oppdragsgivers upartiskhet. Et særlig moment ved vurderingen av habilitet i anbudskonkurranser følger av Rt. 1998 s. 1298, den såkalte

¹³⁰ Se KOFA sak 2009/143

¹³¹ Jfr. bl.a. NOU 1997:21 s 122

¹³² Jfr. Forvaltningsloven §§6-10

¹³³ Jfr forvaltningsloven § 10 og anskaffelsesforskriften § 3-8

Torghatten-dommen. Anbudskonkurransen gjaldt kontrakt om konsesjon for å drive hurtigbåtforbindelse på Vestlandet. Tildelingen av kontrakten gikk til et selskap som var heleid av fylkeskommunen. Tre representanter i fylkesutvalget hadde samtidig interesser i valgte tilbyder. Høyesterett trengte ikke ta stilling til om det forelå inhabilitet fordi spørsmålet ikke var avgjørende for utfallet i saken. Men de uttalte at ved spørsmål om inhabilitet i anbudskonkurransen skal det mindre til for at det foreligger inhabilitet fordi det foreligger en konkurransesituasjon hvor flere tilbydere bruker tid og andre ressurser på å få tilkjent kontrakten med oppdragsgiver.¹³⁴

Problemstillingen i denne sammenheng er om spørsmål vedrørende inhabilitet på oppdragsgivers side er et vesentlig forhold av betydning for konkurransen og derfor bør protokollføres. Hvorvidt oppdragsgiver selv mener inhabilitet foreligger eller ikke, kan ikke være avgjørende for om vurderingen av inhabilitet skal føres i protokollen.

I Rt. 2007 s. 983 var tvisten for Høyesterett om saksbehandlingsfeil på oppdragsgivers side kvalifiserte til å tilkjenne saksøkende leverandør den positive kontraktsinteressen. Blant saksbehandlingsfeilene var spørsmål om to personer på oppdragsgivers side var inhabile under anbudskonkurransen. Daglig leder og driftssjef hos oppdragsgiver var samtidig styreformann og daglig leder i ett av firmaene som innleverte tilbud – og som senere vant konkurransen. Oppdragsgiveren selv hevdet at det ikke forelå inhabilitet. Høyesterett kom til at det ved rolleblanding mellom oppdragsgiver og tildelte leverandør forelå inhabilitet fordi rollen til styreformannen var ”*egnet til å svekke tilliten til at anbyderne konkurrerte på like vilkår*”. Førstvoterende uttalte at inhabilitet kunne følge av forvaltningsloven § 6, men kanskje like gjerne forankres i forbud mot forskjellsbehandling og likebehandling i anskaffelsesloven § 5 fordi det er oppdragsgiver som skal sikre at prosessen skjer på en måte som skaper tillit til at leverandørene ikke forskjellsbehandles.¹³⁵

Et hovedformål med anskaffelsesregelverket er som tidligere nevnt å sikre at anskaffelser skjer på bakgrunn av konkurranse hvor leverandørene likebehandles. Dersom det hersker

¹³⁴ Rt. 1998 s. 1398. Uttales i obiter dictum, men senere gjentatt i bl.a. Rt. 2007 s. 983 i premiss 82

¹³⁵ Rt. 2007 s. 983 i premiss 81 og 82. Annenvoterendes votum utgjorde flertallet, men det forelå enighet om førstvoterendes vurdering av at det forelå inhabilitet.

tvil om noen av aktørene er inhabile, må dét klart være et vesentlig forhold. Det kan heller ikke være tvil om at det er av betydning for konkurransen. En vurdering av om noen er habile eller inhabile må sies å være et viktig forhold av betydning for konkurransen og forholdet bør derfor nedtegnes skriftlig og gjøres til gjenstand for etterprøving ved at vurderingen føres inn i protokollen.

Når oppdragsgiver – som i Rt. 2007 s. 983 – ikke sikrer kravene til gjennomsiktighet og etterprøvarhet vil det kunne få betydning for spørsmålet om erstatning av den negative kontraktsinteressen fordi en eventuell bevis tvil ved manglende dokumentasjon skal gå ut over oppdragsgiveren.¹³⁶

4.2.3 Endringer i konkurransegrunnlag

Oppdragsgivers mulighet til å endre konkurransegrunnlaget mens konkurransen pågår er begrenset av forskriftens § 17-2. Etter bestemmelsen kan oppdragsgiveren endre eller supplere konkurransegrunnlaget innen tilbudsfristens utløp. Imidlertid kan konkurransegrunnlaget ikke endres ”vesentlig”.¹³⁷ Ordlyden tilsier at oppdragsgiver kan foreta *små* endringer i konkurransegrunnlaget. Hva som regnes som små og hva som blir vesentlige endringer er det imidlertid vanskelig å fastsette klare grenser for - fordi vurderingen er konkret og situasjonsbestemt. I forarbeidene står det at man ved vurderingen av om endringen regnes som vesentlig må ta stilling til om konkurransegrunnlaget forandres og om endringen faktisk påvirker potensielle leverandørers interesse for og mulighet til å delta.¹³⁸ Endringen kan være beskjedent, og dermed tillatt. Da er spørsmålet om endring av konkurransegrunnlag ansees som et vesentlig forhold som blir av betydning for konkurransen og derfor skal protokollføres etter anskaffelsesforskriften § 3-2 2.ledd og vedlegg nr. 4 punkt 1.14. I tilfelle konkurransegrunnlaget endres slik at leverandørene må forholde seg til andre tildelingskriterier, ny frist eller levere annen ytelse, kan det klart ha

¹³⁶ Erstatning for den negative kontraktsinteressen var allerede rettskraftig avgjort i tidligere instans da saken kom opp for Høyesterett.

¹³⁷ Jfr. FOA § 17-2

¹³⁸ NOU 1997:21 s. 135

betydning for hvilken leverandør som får tildelt kontrakten, og da vil endringen være et ”vesentlig forhold av betydning for konkurransen”. Samtidig vil nok denne endringen uansett regnes som vesentlig slik at endringen ikke er lovlig etter forskriftens § 17-2. Dersom endringen medfører at en eller flere leverandører subjektivt opplever endringen som stor, mens den objektivt sett kun er en liten og lovlig endring, taler hensynet til forutberegnelighet og likebehandling for at forholdet og vurderingen skal protokollføres.

4.2.4 Tilbudsåpning

Oppdragsgiver skal åpne tilbudene fra potensielle leverandører på et på forhånd fastsatt tidspunkt jfr. anskaffelsesforskriften § 20-7. Oppdragsgiver skal åpne tilbudene samtidig, lese dem opp og dokumentere hvilke leverandører som har levert de ulike tilbudene ved å føre protokoll fra møtet.¹³⁹ For sent innkomne tilbud skal avvises.¹⁴⁰ Det skal også tas stilling til hvorvidt andre tilbud skal avvises. Regelen skal sikre åpenhet rundt konkurransen.¹⁴¹

4.3 Oppdragsgivers nærmere begrunnelsesplikt

Oppdragsgiver skal gi en nærmere begrunnelse dersom en bestemt leverandør anmoder om det jfr. anskaffelsesforskriften § 20-16 4.ledd. Begrunnelsen er i slike tilfeller ikke én felles begrunnelse til samtlige leverandører, men en konkret begrunnelse til den leverandøren som anmodningen kom fra. Leverandøren kan be om en slik begrunnelse når de er avvist fra konkurransen eller ikke har fått tilsagn på kontrakten.

Formålet med den nærmere begrunnelsesplikten er å gjøre anmodende leverandør i stand til å vurdere egen rettsstilling i konkurransen. Leverandøren skal kunne vurdere hvorvidt oppdragsgivers avgjørelse er truffet på riktig grunnlag. Begrunnelsen skal videre være

¹³⁹ Jfr NOU 1997:21 s 83

¹⁴⁰ Jfr FOA § 20-13 1a

¹⁴¹ Jfr NOU 1997:21 s 83

tilstrekkelig god til at leverandøren kan vurdere om han ønsker å påklage avgjørelsen. Begrunnelsen må da være god nok til at han/hun kan se hvorfor den valgte leverandørens tilbud ble vurdert som bedre enn eget tilbud. Begrunnelsesplikten kan også betraktes som en måte å hjelpe leverandørene til å kunne forbedre seg ved senere konkurranser. Når leverandører får en inngående begrunnelse for hvorfor akkurat det valgte tilbudet ble vurdert bedre enn de andre leverandørenes, vil man kunne få en pekepinn på hvilke forhold det er viktig å fremheve eller forbedre ved senere konkurranser.

Brudd på begrunnelsesplikten innebærer ikke nødvendigvis at avgjørelsen om avvisning av leverandøren er uriktig eller at det er noe ukorrekt ved avgjørelsen om hvilken leverandør som ble tildelt kontrakten. Men dersom begrunnelsen er svært mangelfull, kan hele tildelingsvedtaket måtte settes til side. Det foreligger mange saker hvor sviktende begrunnelse kan tyde på at enten avgjørelsesgrunnlaget bak tildelingen eller oppdragsgivers skjønnsutøvelse eller selve tildelingen i seg selv var mangelfull.¹⁴² I slike tilfeller kan hele vedtaket måtte settes tilside fordi saksbehandlingsfeilen - utilstrekkelig begrunnelse - tyder på svikt ved selve tildelingsbeslutningen. De samme betraktningene gjør seg gjeldende innen alminnelig forvaltningsrett.¹⁴³ I Rt. 2000 s. 1066 var tvisten hvorvidt et vedtak om forkjøpsrett var gyldig. Høyesterett kom til at vedtaket i seg selv lå innenfor lovlig anvendelse av konsesjonslovens bestemmelser, men underkjente likevel vedtaket fordi det forelå sviktende begrunnelse som kunne tyde på at det forelå en svikt ved selve vedtaket.

4.3.1 Begrunnelsespliktens innhold

Den nærmere begrunnelsesplikten ved anskaffelser følger av anskaffelsesforskriften § 20-16 4.ledd. Oppdragsgiver skal gi en ”nærmere begrunnelse” om hvorfor leverandøren ble avvist under avvisningsomgangen, eller ikke vant konkurransen. Etter ordlyden i bestemmelsen skal begrunnelsen i tillegg inneholde en sammenligning av relative fordeler *dersom* tilbyder er valgt. Imidlertid har klagenemnda uttalt at tilbudets relative fordeler skal

¹⁴² Bl.a. KOFA 2007/56 premiss 23

¹⁴³ Jfr. den grunnleggende Isene-dommen, Rt. 1981 s. 745

begrunnes ”også i de tilfeller hvor kontrakt ikke er inngått”¹⁴⁴. Begrunnelsen skal etter uttalelsen inneholde en sammenligning av tilbudene uavhengig av det anmodes om begrunnelse ved avvisning eller tildeling.

Fundamentet er at begrunnelsen etter anskaffelsesforskriften må være så grundig at leverandøren har mulighet til å prøve om oppdragsgiveren har anvendt riktig faktum, overholdt regler og prinsipper, vurdert samtlige tildelingskriterier og har utvist forsvarlig skjønn.¹⁴⁵ Begrunnelsen må videre inneholde en inngående sammenligning av det de to tilbudene.¹⁴⁶ Oppdragsgiver må vurdere det valgte tilbudet opp mot ”*hvordan klagers tilbud var vurdert i forhold til dette på de forskjellige tildelingskriteriene*”¹⁴⁷. Egenskapene ved det valgte tilbudet må dermed sammenlignes med leverandørenes tilbud i forhold til de fastsatte tildelingskriteriene.

I KOFA 2004/183 klaget Lindum Ressurs og Gjenvinning AS oppdragsgiveren inn for klagenemnda med anførsel om at den nærmere begrunnelsen fra oppdragsgiver var for dårlig. Begrunnelsen inneholdt bare en henvisning til at tildelingskriteriene i all hovedsak var blitt vurdert likt. Klagenemnda fant at oppdragsgiver hadde brutt begrunnelsesplikten. Begrunnelsen ikke var god nok til å sikre at leverandøren kunne kontrollere om det var grunnlag for å la tildelingskriteriene telle likt. Innholdet i begrunnelsen måtte ”*samlet sett gi leverandøren tilstrekkelig informasjon om hvorfor hans tilbud ikke nådde frem, og gi grunnlag for å vurdere om klageadgangen skal benyttes*”¹⁴⁸. Leverandøren hadde ikke mulighet til å vurdere egen rettsstilling i konkurransen og om det var grunnlag for klage. Leverandøren var ikke sikret reell klageadgang når begrunnelsen var så lite dekkende.

Begrunnelsens innhold fastsettes til en viss grad av hvilke konkrete forhold leverandøren anmoder belyst.¹⁴⁹ Dersom leverandøren henviser til bestemte forhold, skal

¹⁴⁴ KOFA sak 2004/183 i premiss 26.

¹⁴⁵ Jfr. bl.a. KOFA 2007/56

¹⁴⁶ Se f.eks KOFA 2008/214, KOFA 2003/49, KOFA 2007/30

¹⁴⁷ Se KOFA 2008/83 i premiss 33

¹⁴⁸ KOFA 2004/183 premiss 25

¹⁴⁹ Jfr. bl.a. KOFA 2004/183 i premiss 26, og KOFA 2003/61 i KOFA 2008/214 i premiss 61

oppdragsgiveren svare inngående på dette, men trenger ikke sammenligne alle andre forhold like inngående.

Begrunnelsesplikten begrenses av regler om lovbestemt taushetsplikt. Oppdragsgiver har hverken rett eller plikt til å gi inngående begrunnelse hvis denne går ut over opplysninger som skal hemmeligholdes. Oppdragsgiver kan ikke gi utfyllende begrunnelse som kompromitterer taushetsplikten. Leverandører som fremdeles hevder at begrunnelsen er for dårlig fordi opplysninger er tilbakeholdt som etter deres oppfatning ikke skulle vært det, kan klage til klagenemnda eller anlegge søksmål for domstolen. Domstol og klagenemnda har som nevnt tidligere under punkt 3.4.3.3 om innsyn, rett til å gå gjennom opplysningene og prøve om de er taushetsbelagte. En begrunnelse fra oppdragsgiveren som er for vag og generell medfører brudd på kravet til etterprøvbarehet fordi leverandøren ikke er i stand til å se hvordan oppdragsgiveren rent faktisk har evaluert de to tilbudene opp mot hverandre. Det samme vil være tilfelle hvis oppdragsgiver feilaktig antok at opplysninger var taushetsbelagte, og derfor ikke har gitt leverandøren en sammenligning av tilbudene. I KOFA 2008/214 hadde leverandøren bedt oppdragsgiveren om nærmere begrunnelse for vurderingen bak tildelingsbeslutningen. Oppdragsgiveren ga begrunnelse i forhold til deler av tildelingskriteriene, men hevdet at for visse deler var han/hun bundet av taushetsplikten og ikke kunne ”gå nærmere inn på dette (...), da dette ikke er offentlig tilgjengelig materiale”¹⁵⁰. Klagenemnda kom til at oppdragsgiver hadde brutt begrunnelsesplikten fordi de vurderte de aktuelle opplysningene og fant at det ikke var ”opplysninger som det er av konkurransemessig betydning å hemmeligholde”¹⁵¹. Oppdragsgiver hadde derfor ikke foretatt en inngående sammenligning av de to tilbudene slik forskriften tilsier.

4.3.2 Begrunnelsesplikten betydning for krav om erstatning

Som vist under punkt 3.5.3 kvalifiserer brudd på kravet til etterprøvbarehet i visse tilfeller til krav om erstatning. Men som vist under punktet angående erstatning for negativ

¹⁵⁰ KOFA 2008/214 i premiss 11

¹⁵¹ KOFA 2008/214 i premiss 65

kontraktsinteresse, vil det først bli aktuelt med erstatning dersom det sannsynliggjøres at leverandøren *ikke* ville deltatt dersom han visste at regelbrudd ville finne sted. En dårlig begrunnelse medfører ikke nødvendigvis at leverandøren ikke ville deltatt i konkurransen dersom han visste om regelbruddet. Men bevisvil omkring leverandørenes vilje til deltakelse vil gå ut over oppdragsgiveren.

I forhold til erstatning for den positive kontraktsinteressen må leverandøren sannsynliggjøre at han/hun *ville* fått kontrakten. Det er vanskelig for en leverandør å påvise konkrete objektive forhold for at denne leverandøren helt sikkert ville fått kontrakten hvis oppdragsgiveren hadde gitt en bedre begrunnelse. Ved brudd på begrunnelsesplikten vil det derfor sjelden bli aktuelt med erstatning for oppfyllelsesinteressen.

4.4 Andre utslag av grunnprinsippet om etterprøvbarehet

4.4.1 Vektlegging av oppdragsgivers egne erfaringer ved kvalifisering til og tildeling av kontrakt

Praksis fra klagenemnda viser at oppdragsgiver kan legge vekt på egen erfaring med leverandør ved vurderingen av hvilken leverandør som skal få tilsagn på kontrakten.¹⁵² Det er flere forutsetninger som må være tilstede for at dette skal være aktuelt. For det første gjelder det at den vekt egen erfaring utgjør må være etterprøvbare i form av dokumentasjon o.l. For det andre må andre leverandører få mulighet til å komme med tilsvarende referanser. Og for det tredje må oppdragsgiver kunne vurdere de andre leverandørenes dokumentasjon på samme måte som sine egne erfaringer.

I KOFA sak 2006/121 hevdet klagende leverandør, Hartmann Arkitekter A/S, at innklagede oppdragsgiver, Ål kommune, hadde tatt utenforliggende hensyn ved å vektlegge at ”*Ål kommune har allerede benyttet firmaet tidligere og vet derfor hva det står for*”¹⁵³. Klagenemnda kom til at den vektleggingen som innklagede hadde foretatt av tidligere

¹⁵² Se bl.a. KOFA sak 2006/121 premiss 41, senere gjentatt i KOFA sak 2009/143

¹⁵³ Se bl.a. KOFA sak 2006/121 premiss 28

erfaringer var ”så generell at den ikke er mulig å etterprøve”¹⁵⁴. Innklagede hadde dermed brutt kravet til etterprøvbarhet.

4.4.2 Leverandørenes dokumenter må kunne etterprøves av oppdragsgiver

Det er oppdragsgiver som skal sikre at anskaffelsesprosessen er etterprøvbar jfr. anskaffelsesloven § 5. I oppdragsgivers plikt til å sikre en etterprøvbar anskaffelsesprosess synes det naturlig innfortolke en plikt til bare å godta etterprøvbare dokumenter fra leverandørene. Når leverandørene leverer inn dokumentasjon på at de oppfyller kvalifikasjonskriteriene eller har utarbeidet tilbud, er det viktig både for oppdragsgiver og for de andre leverandørene at de kan være sikre på at den informasjonen er korrekt. Feilaktig informasjon eller manglende dokumentasjon vil kunne gå ut over den reelle konkurransen og likebehandlingen mellom leverandørene. Oppdragsgiver må derfor hverken benytte kvalifikasjonskriterier eller tildelingskriterier hvor informasjonen som etterspørres ikke kan etterprøves.¹⁵⁵

4.5 Avslutning og veien videre

I desember 2008 ble det nedsatt et utvalg med mandat til å gå gjennom hvordan nye direktiver fra EU om håndheving av regelverket for offentlige anskaffelser skal gjennomføres i Norge. Håndhevingsutvalget kom med sin anbefaling nå i april 2010.¹⁵⁶ Utvalget har kommet med flere forslag til endringer for å gjøre de norske reglene i samsvar med krav fra EU-fellesskapet. Forslag som er relevante for denne oppgaven gjelder endringer i oppdragsgivers begrunnelsesplikt og eventuell offentliggjøring av tilbud og protokoll i karensperioden:

¹⁵⁴ Se bl.a. KOFA sak 2006/121 premiss 41

¹⁵⁵ FAD Veileder 2006 s. 190

¹⁵⁶ Se NOU 2010:2 Håndhevelse av offentlige anskaffelser

Uoppfordret begrunnelse og nærmere begrunnelse er foreslått sammenslått til én begrunnelse, samtidig som innholdskrav til begrunnelsen anbefales lempet i forhold til nåværende regler.¹⁵⁷

Utvalget ytrer at det trengs politisk avklaring på regelen om at tilbud og protokoll skal offentliggjøres i karensperioden. De peker bl. a. på at andre foreslåtte endringer i utredningen kan bety at offentliggjøring i karensperioden kan kompromittere leverandørers vilje til å delta i konkurranse om anbud.¹⁵⁸

Utvalgets forslag er ikke uproblematisk. Dersom begrunnelsesplikten reduseres og innsynsretten begrenses, vil det få betydning for kravet om etterprøvbarehet.

Det sier seg nesten selv at eksterne kontrollorganer ikke har mulighet eller kapasitet til å fange opp alle regelbrudd. I praksis er det derfor leverandørene som med sitt kjennskap til bransjen og markedet har best forutsetninger for å kontrollere om oppdragsgiver har handlet i samsvar med regelverket. Det er dermed vesentlig at lovgiver fortsatt legger til rette for at leverandørene kan foreta en best mulig kontroll gjennom dekkene begrunnelser og innsynsrett, samtidig som den dokumentasjonen oppdragsgiver må levere, ikke bør være for ressurskrevende.

Avslutningsvis kan det fremheves at det er regelverket som er verktøyet for offentlige anskaffelsesprosedyrer. Men det er grunnkravene som ligger bak – og spesielt kravet til etterprøvbarehet – som har vært tema for denne oppgaven.

Grunnkravet om etterprøvbarehet:

- har en selvstendig betydning; dokumentasjon skal foreligge uavhengig om noen foretar kontroller.
- er bakgrunn for enkeltbestemmelser som f. eks. begrunnelse og protokollplikt.

¹⁵⁷ Se NOU 2010:2 punkt 13.2.5

¹⁵⁸ Se NOU 2010:2 punkt 13.7.3

- er viktig for alle parter; leverandører, oppdragsgivere samt de offentlige kontroll- og klageorganer.
- er en nødvendig forutsetning for at leverandørene skal kunne kontrollere egen rettsstilling.
- er av betydning for oppdragsgivere i deres interne kontroll.
- er viktig for at oppdragsgiver kan dokumentere hva som er vurdert og hvorfor; hvis ikke vil bevisvil gå ut over oppdragsgiveren selv og få betydning for eventuelle krav om erstatning.
- har betydning for rettspraksis og praksis fra klagenemnda; manglende dokumentasjon kan tyde på svikt ved avgjørelsen, og medføre at en avgjørelse om kontraktstildeling kan måtte kjennes ugyldig.
- har betydning for at Riksrevisjonen og kommunerevisjonen skal kunne kontrollere at det offentlige forvalter samfunnets verdier på en forsvarlig måte.

Når det gjelder håndhevingsutvalgets utredning blir det spennende å se hvilke av forslagene som blir vedtatt og hvilke endringer som kommer i kjølvannet av denne. Det er kanskje ikke å ønske at endringene vil lempe for mye på oppdragsgivers plikt til å sikre en dokumenterbar og etterprøvbar anskaffelse. Men det er også en realitet at strenge krav til dokumentasjon og omstendelige regelverk gjør at det fortsatt kan drøye lang tid fra vedtak om for eksempel en utbygging fattes - til første spadetak kan tas.

5 Litteratur

5.1.1 Lovhenvisninger

- 2008 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvL) lov av 12. desember 2008 nr. 85
- 2006 Lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova) lov av 19. mai 2006 nr 16.
- 1999 Lov om offentlige anskaffelser (LOA) lov av 16.juli 1999 nr. 69
- 1992 EØS-avtalen, lov av 27. november 1992 nr 109
- 1967 Lov om behandlingsmåter i forvaltningssaker (fvl.) lov av 10.februar 1967
- 1915 Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvml) lov av 13. August 1915 nr. (OPPHEVET)
- 2006 Forskrift om offentlige anskaffelser av 7.april 2006 nr. 402
- 2002 Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15.november 2002 nr 1288

5.1.2 Rettspraksis

- EF-domstolens sak C 57/94
- EF-domstolens sak C 230/02
- EF-domstolens sak C 199/85
- Rt. 2008 s. 1705 Rabatt-saken
- Rt. 2007 s. 983
- Rt. 2001 s. 1062 Nucleus-dommen

Rt. 2000 s. 1066

Rt. 1998 s.1565

Rt. 1998 s. 1398

Rt. 1997 s. 1954 Løten kommune

Rt. 1995 s. 1641 Torsdondommen

Rt. 1997 s. 574 Firesafe-dommen

Rt. 1995 s. 821

Rt. 1992 s. 64 P-pilledom 2

Rt 1981 s.745 Isene-dommen

Rt 1950 s. 1124 Relegasjonssaken

LB-2009-059797 Borgarting lagmannsrett – dom

LE-2005-183161 Eidsivating lagmannsrett – kjennelse

5.1.3 Klagenemndspraksis

KOFA sak 2009/51 NAV Drift og utvikling mot LVI Norge AS

KOFA sak 2009/143 Gran kommune mot Stema rådgivning A/S

KOFA sak 2009/90 Helse Midt-Norge RHF mot Arne Okkenhaug Eftf A/S- IN Ambulanse

KOFA sak 2008/83 Avinor AS mot Roald Madsen AS

KOFA sak 2008/112 Nordmøre interkommunale innkjøpssamarbeid mot Oppad AS

KOFA sak 2008/214 Garanti-Instituttet for eksportkreditt mot Firstventura A/S

KOFA sak 2007/116 Helse Midt-Norge RHF mot Akutt Helse SUS

KOFA sak 2007/126 Oslo kommune v/Omsorgsbygg Oslo KF mot NP Bygg AS

KOFA sak 2007/56 Flekkefjord kommune mot Leonardo S.r.l og Master of Architecture
Frits Van Dongen

KOFA sak 2007/30 Universitetet i Oslo mot Georg Andresen & Sønner AS

KOFA sak 2006/121 Ål kommune mot Hartmann arkitekter AS

KOFA sak 2005/57 Helse Midt-Norge mot Medi3

KOFA sak 2005/5 Finansdepartementet mot Novare AS

KOFA sak 2004/45 Finnmark fylkeskommune mot Akademiet for IT-opplæring

KOFA sak 2004/183 Renovasjonsselskapet for Drammensregionen IKS mot Lindum Ressurs og Gjenvinning AS

KOFA sak 2004/309 Forsvarets logistikkorganisasjon mot Tennebø og Partner A/S

KOFA sak 2003/247 Aetat tiltak mot Kompetansefabrikken A/S

KOFA sak 2003/216 Avfallsbehandling Tromsø KF mot Bioplan Hardanger AS

KOFA sak 2003/61 Rikstrygdeverket mot Klinikk Stokkan Tromsø AS

KOFA sak 2003/59 Bodø kommune mot Norges Praktiserende Arkitekter/ Norske Arkitekters Landsforbund

KOFA sak 2003/49 Vestvågøy kommune mot Toyota Nordvik AS

5.1.4 Forarbeider

Innst. 73 S (2009-2010)	<i>Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om riksrevisjonens undersøkelse av Helse Midt-Norge RHF's gjennomføring av kontraktene om levering av ambulansetjenester.</i>
Innst. S nr. 348 (2008-2009)	<i>Innstilling frå næringskomiteen om Det gode innkjøp.</i>
Innst O. nr 41 (2005-2006)	<i>Innstilling frå justiskomiteen om lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova)</i>
Ot.prp nr. 62 (2005-2006)	<i>Om lov om endringer i lov 16. Juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser.</i>
Ot.prp nr. 9 (2005-2006)	<i>Om lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova)</i>
Ot.prp nr. 71 (1997-1998)	<i>Om lov om offentlige anskaffelser</i>

Ot.prp nr. 97 (1991-92) *Om offentlige anskaffelser*
Ot.prp nr. 4 (1981-1982) *Om lov om endringer i lov 19. Juni 1970 om offentlighet i
forvaltninga m.m.*

NOU 2010:2 *Håndheving av offentlige anskaffelser*

NOU 2009:15 *Skjult informasjon – åpen kontroll*

NOU 2009:9 *Granskningskommisjoner.*

NOU 2003:30 *Ny offentlighetslov*

NOU 1997:21 *Offentlige anskaffelser*

5.1.5 Offentlige dokumenter

Fornyings- og administrasjonsdepartementet. *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser*. Oslo 2007.

Tolkningsuttalelse fra lovavdelingen av 2008.08.19 *Uttalelse om plikten til å fremlegge dokumenter for klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)*

Sivilombudsmannen sak 2006/1412

Statistisk sentralbyrås nettside. www.ssb.no/enmer/12/01/offinnkj/. Lest 09.mars 2010

5.1.6 Litteratur

Dragsten, Marianne. *Håndbok i offentlige anskaffelser*. 2006. Oslo: Universitetsforlaget.

Dragsten, Marianne og Lindalen, Esther. *Offentlige anskaffelser, kommentarutgave*. 2005 Oslo: Universitetsforlaget

Gjønnes, Arnhild Dordi. *Regelsamling for offentlige kontrakter*. 2.utgave 2007. Bergen: Fagbokforlaget.

Hov, Jo. *Rettergang 1*. 2007 Oslo: Papinian

Trygstad, Kristian Dahle. *Tildeling av offentlige kontrakter*. 2006 Oslo: Gyldendal Akademisk.